



UNIVERSITAT<sub>DE</sub>  
BARCELONA

## Estructura i natura dels heretaments en el dret civil català

Joan Egea Fernández



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 4.0. Spain License.**

0.000

ESTRUCTURA I NATURA DELS HERETAMENTS  
EN EL DRET CIVIL CATALA.

TESI DOCTORAL DE: Joan EGEA I FERNANDEZ

Dirigida pel catedràtic de Dret Civil  
Dr. D. Francisco FDEZ. DE VILLAVICENCIO.

FACULTAT DE DRET DE LA  
UNIVERSITAT DE BARCELONA. 1981.

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0700895349

## SUMARI

INTRODUCCIÓ.	pàg.
1. Aproximació al tema.	2
2. Mètode.	6
NOTES A LA INTRODUCCIÓ.	11
PRIMERA PART, (ELS ORÍGENS LEGALS DELS HERETA- MENTS).	14
3. Plantejament.	15
4. L'Usatge "Auctoritate et Rogatu".	16
5. L'Usatge "Possunt etiam".	24
6. Consuetud de Catalunya.	27
7. Commemoracions de Pere Albert.	30
8. Legislació parcial posterior.	33
NOTES A LA PRIMERA PART.	35
SEGONA PART, ( EL PAPER DEL MATRIMONI ALS HERE- TAMENTS).	54
9. Paper del matrimoni als heretaments. En ge- neral.	55
9.1. Qualificació de l'heretament com a "do- natio propter nuptias"	55
10. Valor causal del matrimoni respecte de l'heretament.	57
10.1. Heretament a favor dels contraents	66
10.1.1. Abans de la celebració del matrimoni	66

10.1.2. Amb la celebració del matrimoni.	66
10.1.3. Amb la mort de l'heretant.	68
10.1.4. Termini de caducitat de l'heretament.	68
10.2. Heretament a favor dels fill que neixeran.	69
10.2.1. Abans del matrimoni.	70
10.2.2. Amb el matrimoni.	71
10.2.3. Amb la mort.	71
10.3. Celebració del matrimoni i ineficàcia posterior	72
11. L'heretament s'ha de fer en capítols matrimoniais.	74
12. Capacitat per a atorgar heretaments i capacitat per a contreure matrimoni.	81
13. Fermesa de l'heretament.	83
13.1. Irrevocabilitat a les donacions en general	83
13.2. Irrevocabilitat als heretaments	84
13.2.1. El frau a l'heretament i el manteniment del principi d'irrevocabilitat	94
13.2.2. Correccions al principi d'irrevocabilitat dels heretaments.	99
14. Supressió de la formalitat de la insinuació.	130



15. Convalidació de donacions prohibides.	135
16. El paper del matrimoni a la donació universal configurada com heretament	140
17. Possibilitat d'heretaments a favor dels fills que encara no son concebuts.	152
18. La causa matrimoni i la imputació l·legitimària.	156
18.1. Breus consideracions sobre la computació l·legitimària.	157
18.2. En concret, la imputació l·legitimària.	163
18.2.1. La imputació als heregravats amb fideicomís o pacte reversional.	167
18.3. Breus consideracions sobre la col·lació.	173
19. La influència del matrimoni en la designació dels subjectes.	175
19.1. L'hereant.	176
19.2. L'heretat i els sibstituts.	177
19.2.1. Designació al contraent feta juntament amb els fills que tindrà.	178
19.2.2. Designació al contraent i als seus fills, "de grau en grau".	189

19.2.3. Designació al contraent i als "fills o filles que ell vol- gués o triés".	190
19.2.4. Designació al contraent i als "seus".	191
19.3. El matrimoni i la designació del sub- jecte heretat directament en els heretaments a favor dels fills dels contraents.	192
19.3.1. Possibilitat d'introducció de fills d'un altre matri- moni.	194
19.3.2. En concret, l'expressió "fills per fills i filles per filles".	195
19.3.3. El matrimoni i la designació als heretaments preventius	197
19.3.4. El matrimoni i la designació als heretaments mutuels.	199
NOTES A LA SEGONA PART.	202
TERCERA PART. (EL PAPER DE LA MORT ALS HERETA- MENTS).	273
20. Es l'heretament un negoci "mortis causa"? Quin títol atribueix?.	274
20.1. Heretament a favor dels contraents	277

20.1.1. Heretament Simple.	281
20.1.2. Heretament cumulatiu.	283
20.1.3. Heretament mixt.	286
20.2. Heretaments a favor dels fills dels contraents.	288
20.2.1. Heretament pur.	290
20.2.2. Heretament preventiu.	291.
20.2.3. Heretament prelatiu.	291
20.3.. Heretament mutual.	292
21. És un negoci d'última voluntat?	293
22. Responsabilitat pels deutes de l'heretant	297
22.1. Plantejament històric general de la condició d'heretat /Donatari univer- sal,	297
22.2. La sentència de 21 de Juny de 1673.	303
22.3. La regulació actual.	304
22.3.1. Heretaments que provoquen una adquisició patrimonial "inter vivos".	305
22.3.2. Heretaments que no comporten adquisició "inter vivos".	308
22.3.3. Heretaments que ja han estat acceptats en vida de l'here- tant (Successió contractual "strictu sensu"). El benefici d'inventari.	308

22.3.4. Heretaments no acceptats en vida de l'heretant.	310
23. Contingut successori diferent de la institució contractual d'hereu.	312
23.1. La institució condicional d'hereu	312
23.1.1. Condició suspensiva.	312
23.1.2. Condició resolutòria.	315
23.2. Limitacions, substitucions, fideicomissos i reversions.	316
23.2.1. Substitució pupil·lar	317
23.2.2. Substitució exemplar.	317
23.2.3. Substitució vulgar, fideicomissària i pacte reversional	318
23.3. Nomenament d'administradors, marmessors, i altres menes d'encàrrecs o funcions	319
23.3.1. Heretament a favor dels contraents.	319
23.3.1.1. Marmessor universal	319
23.3.1.2. Marmessor particular	321
23.3.2. Heretaments a favor dels fills dels contraents.	322
23.4. Introducció del contingut atípic de l'heretament per via de la modificació dels capítols matrimonials.	323
24. Aplicabilitat de categories pròpies de la institució d'hereu en testament a la institució contractual.	324

24.1.	Formes de constitució del títol d'heretat	324
24.1.1.	Heretament de béns presents i heretament de cosa certa i determinada.	324
24.1.2.	La donació com a forma de constitució.	326
24.1.2.1.	Donació singular de béns presents o d'una cosa certa i determinada, utilitzant el mot "heretament".	326
24.1.2.2.	Donació universal de tots els béns presents i futurs.	326
24.2.	La qualitat d'hereu contractual és inalienable i inembargable.	328
24.3.	La preterició a l'heretament.	329
25.	La mort de l'heretant i la concurrència de l'heretament amb formes de disposició "mortis causa".	331
25.1.	Heretament i testament.	331
25.1.1.	Heretament i testament anterior	332
25.1.2.	Heretament i testament posterior	333
25.1.3.	Consideració especial de les relacions testament/heretament a favor dels fills dels contraents	335
25.1.3.1.	Heretament purs.	336

25.1.3.2 Heretament preventius	337
25.1.3.3. Heretaments prelatius.	337
25.1.4. El caràcter expansiu del títol d'heretat respecte dels béns re- servats per a testar.	338
25.2. L'heretament i els negocis complemen- taris ( Codicil, memòries testamentàries)	339
25.3. L'heretament i les donacions "mortis causa".	341
25.4. La resrva binupcial, altera les normes de relació entre l'heretament i les ins- titucions abans esmentades?	341
26. La mort de l'heretant i la seva successió en la direcció familiar.	344
26.1. Jerarquia de direcció de la unitat fa- miliar.	344
26.2. La mort de l'heretant i la subrogació, al seu lloc, de l'heretat.	348
26.3 Examen especial dels heretaments a fa- vor dels fills dels contraents.	349
27. La mort de l'heretant i la inscripció regis- tral.	351
27.1. Abans de la mort.	351
27.1.2. Inscribilitat dels heretaments a favor dels fills dels contaents, abans de la mort de l'heretant.	356
27.2 Després de la mort de l'heretant.	358
NOTES A LA TERCERA PART	361

CONCLUSIONS	391
BIBLIOGRAFIA	405
De textos legals i col.leccions documentals	406
D'autors d'al.legacions	409
General	412
APÈNDIX	429
NOTES A L'APÈNDIX	444.

oooo0000oooo

## INTRODUCCIO



## 1. Aproximació al tema.

Hom pot llegir a l'art. 97.1 de la Compilació catalana: "L'herència es defereix per testament, per contracte o per llei", que continua afirmant a l'apartat segon: "són nuls els pactes o els contractes sobre successió no oberta, llevat els que siguin admissos espressament per aquesta Compilació". En aquest punt, el nostre ordenament civil sembla partir de l'idea de restricció dels pactes successoris, admetent, únicament, aquells que la propia Compilació reculli espressament (prohibició que no solament es refereix als pactes d'adquisició, sinó també, en general, als de renúncia i herència de tercer).

En aquest treball ens ocuparem exxclusivament de la dita successió contractual, representada a Catalunya pels heretaments, incloent, també, dins dels heretaments, els pactes successoris que puguin afectar als fills adoptius, ja que aquests pactes, segons la Compilació, hauran de revestir la forma d'heretament ( 1 ). D'aquesta manera, ja quan es va redactar la Compilació, s'evità l'aplicació de les normes del Codi civil reguladores dels pactes successoris entre adoptant i adoptat( 2 ).

Parlar de successió contractual implica, ja des d'un principi, limitar el nostre camp d'actuació -d'entre els pactes successoris- als pacta de succedendo, deixant de banda els de no succedendo o de renúncia i els heredita-tate tertii.

Tradicionalment, els pacta de succedendo havien estat rebutjats tant per la legislació (canònica i civil) com pels doctors ( 3 ). No obstant, a Catalunya, se seguí

mantenint la possibilitat d'instituir hereu en forma contractual, cosa que contrasta amb que, precisament, aquest fos un país fortament romanitzat. Cal advertir, emperò, que si bé això és així, mai trobarem, als autors clàssics, la utilització d'aquesta expressió aplicada a l'heretament, ans al contrari, podem observar els ingents esforços dels autors per a revestir aquesta institució sota els principis romans, que no l'admetien. Aquest és el motiu que fa afirmar que a Catalunya heretar significa donar (donació universal de tots els béns presents i futurs) i, per altra banda, fa que s'acudeixi a la implantació de la necessitat que l'heretant es reservi quelcom per a testar per a la validesa de l'heretament. Existeix doncs, en aquest punt, un trencament entre el dret civil (romà), d'una banda, que fonamentava la successió voluntària al testament, excloent la llicitud i validesa dels pactes successoris (admetent-los únicament en casos excepcionals); i els drets particulars o municipals, molts dels quals es fonamentaven en la successió contractual.

Els instèrprets del dret, preocupats per l'exègesi del del dret romà, havien acabat per sacrificar a aquesta la realitat d'aquell temps. La Glossa representa la plasmació d'aquest trencament entre el dret comú i el dret municipal, car en matèria de pactes successoris es mantenen aferriats als textos romans. Per tant, no és sorprenent que aquella interpretació, no vinculada a la realitat històrica evolutiva del dret romà, no respongués a la realitat social i jurídica de l'època (4 )

Aquesta situació s'anirà mantenint al llarg dels segles. Fins i tot, al segle XIX, quan el Tribunal Suprem i la Direcció General de Registres comencen a admetre la natura successòria dels hereteaments, se segueixen recolzant, sense més precisió, en el Negoci Donació (en base a l'atribució inter vivos que comporten) i en la necessitat de la reserva per a testar, encara que, porgressivament, anirà desapareixent la convicció d'aquesta necessitat.

Nosaltres, en ocasions, per a una millor comprensió dels heretaments, respectem i mantenim, d'acord amb la tradició jurídica catalana, el paral·lelisme donació/heretament. Això, no obstant, no és obstacle perquè ensems parlem d'uns NEGOCIS TÍPICS d'heretament i consegüentment, també, d'un específic TÍTOL D'HERETAT.

La Compilació, salvant definitivament totes les dificultats que pel manteniment dels heretaments podrien significar les disposicions del "ius comune", els dóna el tractament d'una autèntica institució contractual d'hereu (art.63 a 96), encara que, abans d'ella, com hem dit, el Tribunal Suprem ja s'havia pronunciat en aquest mateix sentit.

Tots els autors contemporanis coincideixen en afirmar que l'heretament és una figura complexa, tipificada per tres característiques:

- a) Institució d'hereu.
- b) Contractual.
- c) Matrimonial.

Aquesta estructuració, no obstant, pot plantejar una serie de dificultats, principalment pel que es refereix al caràcter contractual de l'heretament. Dir que l'heretament és un contracte significa el mateix que atribuir-li el caràcter ne Negoci jurídic bilateral. Si intentem, emperò, fer un tractament unitari de tots els diferents tipus d'heretaments, veurem com aquest element només es dona als heretaments a favor dels contraents (i no sempre, ja que s'admet que la promesa d'heretar tingui la força d'heretament, i la promesa pot ésser unilateral) i no es dona, en canvi, als heretaments a favor dels fills dels contraents; aquests són negocis unilaterals, als quals només intervé la declaració de voluntat del pare heretant (malgrat tot, però, roman- dran irrevocables).

Per tant, la irrevocabilitat dels heretaments, a Catalunya, no deriva del caràcter bilateral del negoci (que no sempre ho és) sinó d'una altra especial circumstància,

que, com veurem, és la causa matrimonial.

Partint d'aquest tractament unitari, prescindim del caràcter contractual com a requisit general a tota classe d'heretaments i ens concentrem a la resta d'aspectes que afecten la seva estructura. Sobre aquest punt s'oferien dues maneres d'empendre el nostre treball: La primera en base als dos principals elements que tenen una especial transcendència en matèria d'eficàcia dels heretaments, és a dir, en un primer moment (en vida de l'heretant) el matrimoni (de l'heretant o de l'heretat, segons el tipus d'heretament) i en un segon moment la mort de l'heretant. La segona, més tècnica, consistia en ordenar el treball en base als conceptes Negoci i Títol. Nosaltres ens hem decantat per la primera (matrimoni-mort) ja que ultra que ofereix més facilitats per a treballar, puix que implicava adaptar-se a la pròpia sistematització de la Compilació (la qual situa els heretaments al Títol IV, del Llibre I, entre el dedicat al règim econòmic familiar i el Llibre II dedicat a les successions per causa de mort) podria ésser una primera aproximació per a arribar a la segona sistematització (Negoci-Títol). Per aquest motiu, en cap moment pensàvem abandonar el sistema d'ordenació Negoci / Títol sinó que la sistematització de treball elegida "a priori" per nosaltres, hauria de servir (com ja s'ha dit) per a estudiar els dos factors en què, també "a priori", estructuràvem la segona. Així, les conclusions es presenten reordenades en base al segon criteri (Negoci - Títol). La conclusió es presenta, doncs, som a resultat del treball i prescindint, en la seva ordenació, de la sistematització seguida en aquell.

Tot això, no significa que l'element contractual quedi fora del nostre estudi, sinó que se subsumeix -quan s'hi troba- en un dels dos elements en que hem subdividit dit treball.

Podriem dir que la causa matrimoni es configura



com l'element motor de tots els heretaments i entorn d'ella s'estructura aquesta institució familiar i successòria. Al camp successori s'estudia quina és la natura jurídica de l'institució heretament i la classe de negoci a que pertany.

El matrimoni i la mort, en moments diferents, desenvolupen un paper transcendental dins l'eficàcia dels heretaments, per aquest motiu els hem contituït en els dos grans blocs entorn als qual gira l'estructuració del nostre treball.

Endemés, hem començat l'estudi dels heretaments pel seu origen històric, trencant amb l'afirmació tradicional de dir que es tractava d'una institució d'origen consuetudinari, per a aprofundir més en ells i arribar a assenyalar les seves arrels fortament inspirades a la Legislació Visigòtica. Si bé en un principi, aquesta part històrica, en dedicar-se a esbrinar l'origen dels heretaments, en certa manera sembla quedar aïllada de la resta del treball (les parts que podríem anomenar pròpiament dogmàtiques), la realitat no és pas aquesta. En efecte, part de la finalitat suara esmentada, aquesta part ens ha de servir, també, per a situar-nos perfectament dins les etapes principals per les quals han passat els heretaments al seu període de consolidació; per exemple la seva primitiva configuració de donació amb reserva d'udefruit, estructura jeràrquica (feta pel pare al fill, per l'avi al net etc), àmbit feudal i, finalment, la vinculació matrimonial.

## 2. Mètode.

D'entrada, parlar de mètode al camp de Dret Civil català ofereix una primera dificultat com és la manca de fonts pròpies de producció del nostre dret, ja des de la desfeta de FELIP Vè. amb el Decret de NOVA PLANTA ( Excepció feta del breu parèntesi de la Segona República, i a l'actualitat des de l'aprobació de l'Estatut d'autonomia l'any 1979).

Per altra banda, normalment, l'investigador es

veu obligat a treballar aïlladament, la qual cosa comporta adoptar, també, conclusions en certa manera aïllades, sense una sistemàtica metodològica concreta. En aquest sentit, no existeix una obra general i adequada per a la iniciació sistemàtica i completa en un mètode d'estudi del nostre dret. Tanmateix, la Compilació a l'art. 1.2 sembla aportar el mètode històric per a l'estudi de les seves normes, com a mètode fonamental, quan diu: "Per tal d'interpretar els preceptes d'aquesta Compilació ho, pendrà en consideració la tradició jurídica catalana, encarnada a les antigues lleis, els costums i la doctrina de la qual deriven". Aquest mètode s'ens planteja ja d'entrada com a conseqüència d'una necessitat derivada de la dita manca de fonts de producció del dret català.

Aquesta funció interpretadora que atribueix l'art. 1.2 no és però, l'única que pot satisfer el mètode històric, perquè endemés, mitjanlant aquest, es poden intentar proposicions de lege ferenda de cara a una adequació de la legislació catalana a les seves línies tradicionals ( 5 ).

Acollint aquest mètode com a principal, en una primera fase ens hem concretat en la simple recopilació de dades -prescindint fins i tot, en aquest moment de quina era la concreta regulació que la Compilació fa dels heretaments), per a poder recollir més fidelment la seva configuració tradicional i, posteriorment, després de valorar les dades , posar-les en relació amb la regulació actual de la Compilació per tal de fer un tractament dogmàtic global.

L'aplicació de la perspectiva històrica pel tractament de la institució ha estat utilitzada per a dues finalitats diferents: La primera, estrictament històrica, era averiguar i profunditzar sobre les verdaderes arrels legals dels heretaments, és a dir, introduir-se específicament als textos que tot-hom coincideix en posar com a origen dels heretaments, per a veure si realment aquests són la primera regulació, o tenen una base mantenidora (escrita) més primitiva. Per aquesta qüestió, en concret, ens hem servit d'un

dels juristes catalans més antics, -anònim- glossador dels Usatges (GLOSSA ORDINARIA) ( 6 ), el qual ens ha proporcionat el material suficient per a investigar la procedència immediata dels Usatges que es referien a la nostra institució. La segona, prenia per base la doctrina dels doctors (tant catalans com del "ius comune") sobre aquesta institució o d'altres, extranyeres, paral.leles a la nostra. Com hem dit, es tractava d'estudiar la institució tal i com havia quedat configurada pels juristes clàssics catalans, sense les possibles deformacions o imperfeccions amb les que es troba regulada actualment.

En parlar del mètode històric es fa indispensable parlar, al mateix temps, d'una periodificació als punts que aquell s'ha aplicat per tal d'evitar una falta de perspectiva i una acumulació de dades inconnexes entre si i que, en ocasions, fins i tot, poden ésser contradictòries. Tanmateix, en matèria d'heretament no es necessari fer-la, ja que les periodificacions són producte de la transformació de les institucions i , als heretaments, en ser una institució derivada de la pràctica notarial ( 7 ) aquests s'han mantingut uniformes, sense produir-se la dita transformació.

Als heretament no van influenciar disposicions que variessin el seu contingut, ans al contrari, s'han mantingut fermes des de la seva estructuració definitiva i regulació -no origen- consuetudinària fins a l'actual Compilació , a la qual s'hi superen definitivament els prejudicis romanistes que impediien configurar-los com una institució també successòria. Amb tot, quan en algun punt concret es pot assenyalar una fita clara i important, així es fa constar.

Utilitzar primordialment el mètode que hem elegit no implica que aquest treball giri a l'entorn de l'història dels heretaments sino que concebim el mètode històric com un primer pas per a l'anàlisi de totes les regles que s'engloben dins la nostra institució, per tal de trobar el seu

veritable fonament, els principis inspiradors i, fins i tot, les possibles deficiències de la seva regulació. És evident, doncs, que si bé l'argument històric no pot suplir l'examen racional, no hi ha dubte tampoc que en formulacions institucionals de llarga tradició, com ho són la pràctica totalitat de les institucions civilistes -oimés l'heretament-, constitueix un instrument indispensable per aprofundir en cadascuna ( 8 ).

Finalment, cal remarcar que, sense cap vinculació amb el contingut essencial de la tesi, per a confeccionar l'apèndix que aportem al final del treball, ens hem basat merament en l'estadística, per tal de saber a quines comarques es pacten heretaments i de quin tipus.

#### Fonts utilitzades.

Vives i Cebria, a part dels coneguts Fontanella, Cancer, Oliba, Molí etc, ha tingut una especial importància dins dels autors que han tractat aquesta institució, ja que la seva obra Traducción al castellano de los Usajes y demas derechos de Cataluña..., constitueix, al nostre parer, la primera sistematització dels diversos tipus d'heretaments. Hem intentat trencar, doncs, amb la fita tradicional de prendre com a punt de partida l'obra de Duran i Bas. No hem d'oblidar tampoc, el nou tractament que, seguint la línia marcada per Vives i Cebria, fan, amb bastant de rigor històric, els juristes Joan Amell i G. M. de Brocà i, posteriorment, Pella i Forgas, Borrell, Roca Sastre, etc, per a arribar, actualment, als complets estudis de Puig i Ferriol que sobre els heretaments fa a Comentarios al Código civil y Compilaciones forales.

Destacarem a part dels ja citats i els recollits al final del treball, dins de l'aparell bibliogràfic, els tractadistes estrangers que encara que no tractin directament sobre els heretaments, sí que ho han fet sobre institucions paral·leles, i que havien servit d'orientació als nos-



juristes. Aquest és el cas, entre altres, de Joan Blanc i de Berengarius Fernandus.

S'aporta també un nou material per a l'estudi dels heretaments en la seva vivència enfront del conflicte judicial: Les allegationes iuris o Consilia, realitzats per l'advocat a favor d'una de les parts en un plet i on s'hi donaven cabuda tots els arguments de tipus jurídic que es podien sostenir en favor d'una determinada pretensió. Aquest tipus de literatuta jurídica, en nombre bastant abundant (en matèria d'heretaments) es pot trobar a la Biblioteca de l' Il.lte. Col.legi d'Advocats de Barcelona.

Tanmateix, la jurisprudència del Tribunal Suprem és utilitzada amb poca freqüència, ja que, al nostre entendre, no ha significat pas una aportació massa trascendental per a l'estructuració d'aquesta institució. Únicament, quan sí que ha vingut aquesta importància això s'ha fet constar.

oooooooooooooooooooooooo

## NOTES A LA INTRODUCCIO

( 1 ) Vid. sobre aquest tema PINTO RUIZ, José: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo. EDESA. Madrid 1981. Tom. XXVII, vol 19. Comentarí a l'art.6. pàg. 252.

( 2 ) Pensem que la Compilació entrà en vigor l'any 1960, quan al Codi civil s'admetia la possibilitat de pacte successori entre adoptant i adoptat (art.171.3) i que va ser suprimida per la reforma de 4 de Juliol de 1970. La successió contractual entre ambdós fills haura de revestir doncs, alguna de les formes que s'expressen a la regulació del here-taments, amb tots els requisits i formalitats que són necessaris per aquests.

( 3 ) Sobre aquesta qüestió es pot veure més ampliament TORRE, Joannes: Tractatus tripartitus de pactis futurae successionis. Coloniae Allobrogum. apud Frates de Tournes 1699. Lib.I, cap.I nº i a 28, pàg. i a 5, on després d'afirmar "Pacta futurae successionis ab omnibus legibus, tam divinis, quam humanis improbata, nihilominus ob praematuram mortalibus insistam avaritiam, aliorum Divitas possidendi opulentasque haereditates acquirendi omni, aevo eorum usus fuit frequents, relaciona una llista molt exhaustiva tant de disposicions legals -canòniques i romanes- com d'autors que afirmaven la invalidesa d'aquell pacte.

( 4 ) Aquest plantejament ha estat exposat molt enecertadament per VISMARA, Giulio: I patti successori nella dottrina di Bartolo. a "Bartolo de Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario". Milano Giuffrè Editore. 1962 II, pàg. 757 i 758. També, d'aquest mateix autor, i en concret sobre la problemàtica plantejada pels pactes successoris al juristes del "ius comune" es pot veure: I patti successori nella dottrina di Baldo. a "Studi in onore di Biondo Biondi" Milano- Dott. A Giuffrè Edi. 1965, III, pàg. 39 a 123.

( 5 ) Sobre el mètode històric, tot i referit tan sols a Aragó, es pot veure LACRUZ BERDEJO, José Luis: Contribución a la metodología del Derecho Privado en Aragón. Anuario de Derecho Aragonés. 1945. Zaragoza 1947, pàg. 126 a 131.

( 6 ) FICKER, Julius : Sobre los Usatges de Barcelona y sus afinidades con las excepciones legum Romanorum. Barcelona 1926. Referint-se a l'autor de la Glossa dels Usatges, opina que aquesta es va formar indubtablement al regnat de Jaume I i que sembla considerar la llei goda com a vigent, citant-la amb molta freqüència. I com que Jaume I va deixar aquestes lleis sense efecte l'any 1251, es podria suposar la seva formació anterior al dit any. No obstant, la seva conclusió -segons el mateix autor- es degué fer mes tard, car a l'usatge 134 es fa referència a una Constitució de Pau i Treva de l'any 1257.

( 7 ) Malgrat ser de creació notarial, no podem oblidar que aquests mateixos notaris no la tracten dins de la part teòrica dels seus manuals de notaria.

( 8 ) Aquesta és també la posició de BADOSA COLL, Fernando: Memoria de Derecho Civil. Año 1978, (exemplar mecanografiat) pàg. 448.

PRIMERA PART

ELS ORIGENS LEGALS DELS HERETAMENTS

### 3. PLANTEJAMENT.

En tractar-se, per tots els autors que han desenvolupat el tema, de l'origen de l'heretament, és comú trobar que aquell es considera com a consuetudinari sense entrar en més indagacions. Alguns, no obstant -els menys-, s'arrisquen a concretar més aquest origen buscant certes vinculacions romanes (1) -avui criticades per tothom-, o limitant-se a afirmar els ja coneguts lligams amb els Usatges i Commemoracions de Pere Albert, sense fer cap estudi exegètic d'aquests textos.

L'antiguitat i l'origen de la nostra institució es pot entendre en tres sentits diferents: Primerament des del punt de vista d'aquelles institucions, les quals tot i pertanyent a ordenaments jurídics anteriors, van poder servir d'inspiració. En segon lloc l'antiguitat de la institució es pot contemplar des del punt de vista de la seva iniciació en el propi ordenament jurídic, encara que sigui amb diversa denominació. Finalment, es pot entendre en el sentit de veure en quin moment la institució queda configurada amb forma i noms autònoms (2).

El nostre cercle d'investigació, principalment, girarà a l'entorn del segon i tercer punt de vista, deixant de banda els estudis d'altres ordenaments jurídics anteriors, que són totalment desconeguts per a nosaltres com poden ser els dels pobles primitius que habitaven la península; d'altra manera podríem arribar a conclusions aventurades i segurament equivocades (3). Per totes aquestes raons, com ja hem enunciat, intentarem de seguir una anàlisi exegètica dels més antics textos legals que recullen la institució per tal de poder endinsar-nos en les seves autèntiques arrels legals.

#### 4. L'USATGE "ACTORITATE ET ROGATU"

Hom coincideix en afirmar que el primer text legal escrit on es recullen els heretaments és l'Usatge "Auctoritate et Rogatu" (nº 76 de la Vulgata) (4), aquest, tanmateix, en cap moment utilitza el mot heretament, parlant únicament de donació. Així, concretament, diu: "qualiter omne donum"..., "voluerunt dare filio suo...", "cuncta dederit..." etc.

Per tal d'aprofundir dins del seu origen hem de seguir pel camí de l'estudi de la seva estructura i veure, així, quins són realment els seus precedents més immediats. Brocà (5) afirma que essent aquest Usatge contrari al dret romà, el seu fons s'ha de tenir per originari, assenyalant a continuació que són inexactes els precedents que s'hi han volgut veure a les lleis del títol III Llibre V del "Fuero Juzgo" (6). Malgrat, però, el rebuig que aquest autor fa dels possibles precedents en el "Liber Iudiciorum", trobem que a la Glossa Ordinària dels Usatges, s'inicia el comentari a aquest Usatge fent les seves concordances precisament amb el "Liber", tot afirmant que concorda amb Liber. V,2,6, i està contra L,<sup>III</sup>1,5 i II,5,10 (7).

Efectivament, a la realitat i comparant ambdós textos, es pot constatar una gran coincidència, si bé no és menys veritat que hi ha notables diferències. És per això que es fa convenient una detinguda anàlisi comparativa d'aquests textos (L.I. V,2,6, i Us. 76).

LIBER V,2,6. Norma referent a donacions, on hi podem distingir els següents supòsits: (8).

- a) Si les coses donades són lliurades de present, el donant no les podrà reclamar. Produeixen, per tant, l'efecte de la irrevocabilitat. nullo modo repetantur a donatore.
- b) Si la cosa donada és lluny -és a dir, no pot ser lliurada de present-, si és donada per escrit, s'assembla a la donació perfecta. Això és així perquè l'escriptura equival a la tradició, essent, per tant, també irrevocable.
- c) Si hom atorgués escriptura de les seves coses a favor de qualsevol persona sense haver-hi el lliurament a l'afavorit, si després de la mort del donant es trobés la dita escriptura, aquell afavorit podrà reivindicar totes les coses que hi haguessin escrites. Això es justifica pel fet de que vivint el donant no l'havia modificat ni anul·lat.
- d) Si succeís el cas que aquell al qual van esser donades les coses morís abans d'haver-les agafat, la cosa pertany al donant o als seus hereus. La raó és perquè encara no havia adquirit la titularitat per mitjà de la tradició.
- e) Si la cosa es donés sota la condició que el que la dóna la posseeixi com a usufructuari, després de la seva mort la cosa pertanyerà a aquell al qual l'hagués donat, ja que -segons la pròpia llei V,2,6-, té similitud amb el testament. Es diferencia, no obstant, dels apartats a) i b), precisament per la seva semblança amb el testament, on el donant tindrà llicència per a canviar la seva voluntat en el moment que vulgui, encara que no hagi estat lesionat, és a dir, serà revocable sense justa causa.



f) Finalment, regula aquesta llei la falsa donació en utilitat del donant.

L'USATGE 76 "Auctotiate et Rogatu" contempla una donació amb reserva d'usdefruit, la qual quedarà irrevocable sempre que intervinguin les següents circumstàncies:

- 1) Rebre al donatari com a home encomanat.
- 2) Li doni potestat de Castell.
- 3) Li encomani castellà del castell.
- 4) O li faci adquirir el dit castell o honor del senyor per mà de qui tindrà el castell o honor.

Tècniques, com veiem, pròpiament feudals, com ho són els mateixos Usatges.

Aquesta donació amb reserva d'usdefruit té una gran semblança amb la continguda al L. V,2,6 i que hem descrit a l'apartat e) dels que hem dividit la citada llei. No obstant i que les dues normes configuren una donació amb reserva d'usdefruit, ambdues es distingeixen en algun aspecte fonamental:

- 1a) Quant a l'eficàcia del títol, A L. V,2,6. aquest és revocable, motivat precisament per la seva Similitudo est testamenti, a més que seria suficient argumentar que aquesta donació que hem descrit a l'apartat e), i precisament per no haver-se lliurat les coses de present, no queda compresa dins dels apartats a) i b) per tant el donant les podrà revocar a voluntat (9). Tanmateix, a l'Usatge 76 l'efecte és totalment el contrari, és a dir, la irrevocabilitat.

La donació serà irrevocable -segons aquest usatge-, quan intervingui algun d'aquells modes feudals abans mencio

nats. La configuració d'aquesta donació com a irrevocable respon, segurament, a una possible influència del sistema de repoblació (10).

- 2a) Quant al subjecte que realitza la donació. Al "Liber Iudiciorum", es configura la possibilitat que el donant sigui qualsevol persona; concretament diu: "qui vero sub hac occasione largitur...", en canvi a l'Usatge 76 el donant és sempre pare o avi del donatari "...ut si quis suum castrum vel honorem vel aliquam possessionem voluerit dare filio suo vel filiae, vel ne poti vel neptae..."

Aquesta dissemblança subjectiva entre ambdós textos legals respon, també, a qüestions de tipus sociològics. L'Usatge 76 recull el supòsit que a la realitat social es donava amb més freqüència -donació entre ascendents i descendents- al règim feudal. Aquesta argumentació es confirma per la pròpia glossa ordinària als Usatges; en ella s'assenyala la posició de certs autors que sostenen que aquest Usatge també s'aplica entre estranys; un altre grup d'autors ho interpreten d'una forma molt més tancada, comprenent-hi sols la donació entre ascendents i descendents, fent així una interpretació exclusivament literal "... quia talem fit mentio." (11). D'altra banda, Jaume de Montjuic justificava que es parlés de pares i fills com a subjectes d'aquest Usatge, ja que no era necessari parlar dels estranys ni dels fills emancipats -els quals es consideraven com a estranys-, perquè en ells està perfectament reconeguda la possibilitat d'aquesta donació (12). Segons aquest últim autor el que està fent aquest Usatge és establir una norma que no era admesa al dret romà,<sup>on</sup> es prohibien les donacions fetes al fill que estava sota la pàtria potestat (13).

Es innegable, doncs, el paral·lelisme existent entre els dos textos examinats; malgrat tot, però, ens trobem que aquest Usatge justifica la seva disposició perquè "leges et iura concedunt patrum bene facere filio suo vel nepoti, donando ei vel meliorando eum de suo honore", d'aquesta manera, s'introdueix un nou element, que en certa manera complica la comprensió d'aquest text legal: la configuració de la institució com una millora (14), tot argumentant que aquesta facultat de millorar ve concedida per leges et iura, expressió, com sabem, típicament romana (15).

Cal, doncs, esbrinar què s'hi amaga sota aquesta expressió. A primera vista sembla ser s'estigui referint al dret romà car, com hem dit, és una expressió típicament romana. La dificultat que, si seguissim aquesta interpretació, s'ofereix, és que al dret romà no es coneixia la millora (16), amb la qual cosa arribem a una doble conclusió possible: 1a. L'expressió leges et iura és una interpolació, utilitzada aquí per cridar un ordenament reclozador d'aquesta disposició. 2a. Aquest ordenament no es el romà -per les qüestions abans apuntades-, sino el Liber Iudiciorum. A favor d'aquesta última postura es poden ostentar els següents arguments:

1er. Al manuscrit de l'Escorial Z.111.14 (final del segle XIII o principis del XIV), el qual va prendre per base Josep Rovira i Ermengol per a la seva edició dels Usatges (17), s'utilitza el mot "Ligs", que és sinònim de Llei Goda, com ens ho corrobora l'Usatge 81 "Iudicia Curiae", on també es parla de "Ligs", com a llei Goda, és a dir, el Liber Iudiciorum.

2on. Un argument de més pes serà l'estudi de la procedència d'aquest Usatge. Ja hem dit abans, per la pista que ens havia proporcionat la Glossa Ordinària dels

Usatges, la seva vinculació amb el L. V,2,6. D'un examen minuciós de l'U. 76, en relació amb el 77 (*Exheredare*), s'arribarà a les següents conclusions:

a) Ambdós textos (76 i 77) estan perfectament entrelligats i així ho palesa l'encapçalament de l'usatge 77 en dir:

"Exheredare autem possunt praedicti genitores", indubtablement, aquest praedicti son els mencionats en l'Usatge anterior (n<sup>o</sup> 76).

b) En el seu origen també tenien una íntima vinculació, fins l'extrem que procedeixen d'una mateixa llei del "Liber" (IV,5,1).

L'Usatge "Exheredare" està pres excepte alguna varietat de poca importància- de la segona part de L., IV,5,1, on és utilitzada també una expressió de referència respecte de la primera, de la mateixa manera que s'utilitzava a l'Usatge 77 respecte del 76; concretament a aquesta segona part de la llei del "Liber" IV,5,1, es diu: "iam dicti parentibus", que, com podem veure, serà substituït a l'usatge 77 per "praedicti genitores".

Hem encetat, aquí, un primer pas de la nostra investigació i el seu resultat final s'haurà de veure completat amb el fet que l'Usatge 76 correspongui en realitat amb la primera part de la dita llei. Efectivament, si tornem a comparar ambdós textos, veurem que la primera part de la llei coincideix amb l'U. 76, si bé no amb tanta fidelitat com ho feia la segona amb el 77. En realitat, el que succeeix és que l'U. 76 està configurat per dues normes: la primera seria una donació amb reserva d'usdefruit, en principi assimilable a Liber V,2,6, i l'altre que vindria a sancionar la legitimitat d'aquesta donació sota els auspicis

del Liber IV,5,1, norma reguladora de la millora.

La primera d'aquestes dues normes ha quedat ja analitzada (V,2,6), resta ara per veure allò que es refereix a la segona, és a dir, a la millora. De l'anàlisi de IV,5,1, es veu clarament que el que fa és concedir al pare o a la mare, a l'avi o a l'àvia, la possibilitat de millorar els fills o nêts, expressió que pràcticament es repeteix a l'U. 76, encara que sense la limitació de la tercera part (18).

En definitiva, doncs, pel que fa a l'Usatge "Auctoritate et Rogatu", es manifesta ben clarament la influència d'aquestes dues normes del Liber Iudiciorum, o, més encara, no sols influència sinó transcripció, en alguns punts literal, d'aquestes normes.

La institució recollida en elles -tant en el Liber com en els Usatges-, es concreta en una donació amb reserva d'usdefruit, que per la seva extrema proximitat dins del camp successori i pel fet que en realitat implicava una millora, ve justificada en el propi Usatge per la norma del Liber que recull aquesta institució, encara que, com hem vist, utilitzi una expressió en certa manera equívoca, com ho és: leges et iura.

Això suposava la creació d'una millora inter vivos, donat que el supòsit normal de millora en el Liber ho és en un acte d'última voluntat, com es pot veure clarament en un document transcrit per Bonnassie corresponent a un estatament de l'any 1008 (19). Igualment, aquest mateix autor assenyala que la melioratio juga amb un altre costum no previst per la llei, però que es detecta a Catalunya igual que a la resta d'Europa: la indivissio, que és, al nostre entendre, el que tracta d'aconseguir l'Usatge "Auctoritate et Ro



gatu", ja sia que pels voltants de l'any mil la unitat d'explotació s'identifica ben sovint i sens dubte a la majoria dels casos, amb la propietat familiar (20).

S'ha de tenir en compte que, en un principi, els Usatges regulen relacions feudals, raó per la qual a la seva exègesi no els hem d'entendre fora del seu context.

Per totes aquestes consideracions, la conclusió a la qual hem d'arribar és que l'Usatge que ens ocupa i que és el primer text que es posa com a origen de l'heretament, constitueix, sens dubte, la conjunció de dues normes visigòtiques (L. V,2,6 i IV,5,1), que porten com a resultat la creació d'un tipus de millora inter vivos (irrevocable), que serà de gran utilitat per a contribuir a la conservació del patrimoni familiar al règim feudal -que és el contemplat als usatges- i que posteriorment s'extindrà a tot tipus de persona.

Acabarem fent notar que si en aquest Usatge estem davant d'una donació amb reserva d'usdefruit, estipulació normal en els heretaments, no s'utilitza en cap moment el mot heretament.

## 5. L'USATGE "POSSUNT ETIAM". 79 (24)

Si l'Usatge "Auctoritate et Rogatu", es posava com a precedent immediat dels heretaments que es fan a favor dels fills que es casen, l'Usatge que ens ocupa ara s'hi posa com a precedent dels que es fan pels contraents a favor dels fills que neixeran (22).

Respecte del seu origen, els autors que han estudiat la formació dels Usatges, no diuen res, limitant-se solament a assenyalar la seva afinitat amb l'usatge 76 "auctoritate et Rogatu", manifestant la clara unitat que formen ambdós (23). Malgrat tot, un estudi comparatiu d'aquesta norma feudal, ens fa veure una certa similitud amb el Liber, V,2,2 (24), on s'estableix la irrevocabilitat de la donació feta pel Rei, a no ser que existís una justa causa. Aquesta similitud, no obstant, no es produeix quant a l'objecte matèria de la donació, car una de les principals peculiaritats de l'Usatge 79 és poder disposar per via de donació, dels béns que encara no són al patrimoni del donant -béns futurs-, possibilitat que no és contemplada al Liber V,2,2.

També es pot predicar una palesa afinitat amb la llei licet del Codex, de pactis (C. 2,3,19) (25), i així ho fa constar Celsus Hugo, quan diu que val el pacte que el fill succeeixi al matrimoni, sempre que els contraents siguin milites, tot afirmant que a Catalunya es veu que existeix aquest pacte per l'Usatge "Possunt etiam" (26).

Berengarius Fernandus (27), participa també de l'opinió que la llei licet és especial pels milites, puix que regula el supòsit que els milites, en el moment d'anar a la guerra, lliurement pactin que algú (28), sigui hereu seu. Aquest pacte, si no és alterat, serà considerat com si

fos un testament, al qual quan es tracta de milites, no se li exigeix cap mena de solemnitat (29), i és per aquest motiu -continua dient Berengarius-, que no és cap turpitud de nominar aquest pacte: pacte de futura successió (30). Posant de relleu, més endavant, que aquest tipus de pactes són molt freqüents, principalment entre els nobles, movent als més nobles i rics a constituir dots més importants.

Havent vist ambdós textos legals (Liber V,2,2 i C.2,3,19), ens podem preguntar si algun d'ells o ambdós han tingut algun tipus d'influència en la formació de l'Usatge que ens ocupa.

Pel que fa al L., V,2,2, hem pogut veure que únicament fa referència a la donació de béns presents, tot i que coincideixi quant al donant (Princeps) i, també, quant a la irrevocabilitat del títol, destacant com a fet curiós que als vuit documents que Aquilino Iglesia transcriu parcialment com a aplicació de V,2,2, a quatre d'aquests documents se cita juntament amb Liber V,2,6, com a una mena de concordància o justificació (31). Llei que, com recordem, ens havia servit d'argument en parlar de l'origen de l'Usatge "Auctoritate et Rogatu". Aquests, en certa mesura, escassos indicis, podrien ser útils per argumentar l'origen visigòtic de l'usatge en qüestió, amb un fidel entroncament amb l'"Auctoritate et Rogatu".

Quant a la llei licet (c. 2,3,19), ens planteja el problema de que únicament preveu el pacte d'institució recíproca d'hereu fet pels milites en el moment d'anar a la guerra, la qual cosa s'aparta bastant del que disposa l'Usatge 79, amb la sola coincidència del subjecte -milites. Atrament es planteja també el problema de la recepció del dret romà en l'època de la redacció d'aquest usatge (32).



Tenint-se aquest usatge que originari, sembla que la predita llei del Codi de Justinià no ha pogut, en cap manera, influir en la seva redacció. Prescindint d'aquesta impossibilitat de tipus històric, i a causa de la afinitat entre ambdós textos en parlar de l'Usatge s'argumenta com antecedent la citada llei del Codex en relació amb D.29,1,1, deixant al marge les notes diferenciadores entre els dos textos, segurament perquè l'Usatge es configura com a text evolucionat que ve a ampliar el caràcter restrictiu de la llei romana, referida sols a la institució mútua feta per acte inter vivos, entre els milites, mentre que a l'usatge s'amplia a qualsevol persona, "dare qui voluerit", imprimint-se així mateix el requisit de situació de perill imminent, representat pel fet de partir cap a la guerra.

Aquesta configuració evolutiva de la institució no és única ni exclusiva de Catalunya, ans al contrari, també es reflecteix en altres països, com és el cas de França, i en la mateixa època. D'això, en són una bona mostra les opinions de Celsus Hugo i Berengarius Fernandus (33).

No és, per tant, que l'heretament tingui dos orígens diferents i en certa manera contradictoris (les lleis gòtiques i les romanes), sinó que l'Usatge 79 "Possunt etiam" recull un tipus especial de successió -la dels militēs, magnates et principes-, per pacte, que també havia sigut objecte d'excepció en la Compilació Justiniana limitada a la institució recíproca i, en canvi, ampliada a l'usatge, a la possibilitat d'instituir en els béns futurs a qualsevol persona (34) -normalment, pel pare al fill i per causa de matrimoni-, configurant un tipus d'heretament tal i com avui l'entenem i que abans es referia a la societat feudal.

## 6. CONSUETUD DE CATALUNYA

Aquesta consuetud (35), constitueix tan sols una limitació de la facultat recollida als Usatges anteriors. Limitació que, al nostre entendre, ve donada únicament per l'afany de protecció del dret dels llegitimaris, el qual encara perillava més des del moment en què s'admetia la donació dels bens futurs, a partir de l'Usatge 79 (36).

Hem de començar afirmant, doncs, que no es pot parlar d'aquest text com a origen de l'heretament. No obstant això, és evident que representa la patentització de la pràctica i de l'extensió dels heretaments. És a partir d'aquí que els autors li atribueixen una redacció posterior als Usatges que hem estudiat a les pàgines anteriors (37).

Són dos els problemes principals que es plantejen al seu entorn:

- 1) Quant al seu naixement.
- 2) Quant al seu contingut.

Malgrat que ambdós problemes estan íntimament entrelligats, intentarem d'analitzar-los per separat:

- 1) Pel que es refereix a l'origen de la consuetud, hem de dir que els precedents semblen eminentment de dret romà, i així ho posa de manifest Lluís de Peguera (38), en vincular-la amb la llei si totas (C. 3,29,5), i apartant-la de tota possible relació amb la llei si unquam (C. 8,55,8) (39).

Seguint el criteri, mantingut fins ara, d'analitzar la legislació visigoda, veurem que en aquest cos legal

existeix una norma similar (L. II,5,10), de contingut pràcticament paral·lel al Codex 3,29,5 (40).

- 2) Quant al contingut, algun autor havia fet notar que no sempre havia estat extensiva a la donació feta a estranys, argumentant que no en tots els textos o col·leccions on es recull aquesta consuetud s'inclou l'expressió "o a altra qualsevol persona" (41). A la resta, el contingut coincideix quasi íntegrament amb el Còdex 3,29,5.

Tota aquesta panoràmica ens fa pensar, encara més, en una estreta vinculació de la consuetud amb l'Usatge "Auctoritate et Rogatu", el qual, com recordarem, contemplava la donació feta pel pare o bé per l'avi al fill o al nét, i podríem pensar, per tant, que quan aquest usatge augmenta el seu àmbit d'aplicació personal, a persones que no estan lligades per vincles de filiació, es modifica, paral·lelament l'àmbit de la consuetud, afegint-hi la frase abans transcrita.

Per a poder recórrer aquest camí, hem intentat indagar en els autors a partir de quin moment es comença a citar aquest costum, així com l'època en la qual es produeix la dita ampliació subjectiva.

A la Glossa dels Usatges, que és el comentari més antic al qual hem pogut accedir, únicament hi trobem l'afirmació que si la donació fos immensa o bé inoficiosa, aquesta seria revocada fins on fos inoficiosa (42), no fent-se cap menció a la consuetud com a norma ja formada. Jaume de Montjuic, tampoc no fa referència a ella, limitant-se a dir que la donació seria injusta si fos feta per por o fos inoficiosa (43).

Marquilles (en ple segle XV), últim dels comentaristes dels Usatges com a cos unitari, recull també la pos-

sibilitat de revocació de la donació inoficiosa sense fer tampoc referència a la consuetud que ens ocupa (44). Aquesta ommissió resulta molt més sorprenent, en tant que escriu els seus comentaris l'any 1448, i en aquests moments la consuetud havia estat ja redactada (45).

No obstant, no és Marquilles l'únic autor que no menciona aquesta consuetud. Narcís de Sant Dionís, jurista que va intervenir en la correcció i comprovació de la Compilació elaborada per Callís i Pere Bononat, al seu Compendium Constitutionum Cathaloniae, tampoc la recull (46).

Aquesta ommissió resulta certament desconcertant per quant tenim constància efectiva que havia estat redactada ja per escrit l'any 1413. Efectivament, en el manuscrit preparatori de la primera Recopilació, fruit de la iniciativa de Ferran I a la Cort de Barcelona celebrada l'any 1413 (47), es recull ja aquesta consuetud, així com a la primera recopilació oficial -any 1495-, a la segona -any 1588-, i finalment a la de 1704.

Indagar a partir de quin moment es produeix la mencionada alteració és una qüestió molt més complicada. La única referència que tenim, ho és per via indirecta, per les dades que ens donen Peguera i Jaume Cancer, en referir, el primer, que ho havia vist en unes antigues constitucions (48). Ens hem de quedar, doncs, amb la mera hipòtesi que aquest canvi es produeix simultàniament amb el dels Usatges.

## 7. COMMEMORACIONS DE PERE ALBERT

Es en aquest text on, per primera vegada, apareix de manera expressa el mot heretament. L'exemple més clar està al capítol XXIV "Si vasallus" (49), malgrat que en al tres capítols de les Commemoracions també s'utilitzi el mot heretar o algun altre de semblant (50).

Joan de Socarrats, comentant precisament aquest capítol XXIV, estableix la seva concordança amb l'Usatge "Auctoritate et Rogatu" (51). Es configura, doncs, aquí, com un negoci amb designació i identificació independent de la donació, encara que, com veurem més endavant, sempre l'intentin justificar per la donació. Aquest fet, que el diferenciaria dels Usatges, comporta per si sol i per la terminologia emprada unes connotacions de caràcter successori.

Serà en aquest autor, i precisament a arrel de l'expressió utilitzada a les Commemoracions, on per primera vegada s'intentarà de compaginar el dret propi català (en aquest cas l'heretament), amb el dret romà cada cop de més importància per a la formació del dret català. Aquella concepció romanitzada del dret fa que s'hagi d'adoptar el criteri que l'heretament és una donació, la qual cosa és facilitada, precisament, per l'usatge 76.

En intentar definir què és l'heretament, Socarrats comença per afirmar que impròpiament s'utilitza el mot haereditaverit (52), per això, per aquest autor, dir haereditaverit és el mateix que afirmar que es farà donació universal, a causa que la donació es fa inter vivos i l'herència en testament o "ab intestato". És per això que més endavant afirmarà, encara més concluentment, "in Cathalonia utimur



verbo haereditamentum et accipitur pro donatione..." (53), justificant-ho per l'opini6 de Baldo: que en la manera d'exposar les paraules s'ha d'atendre a l'ús i costum de la terra, ja que la substància no es vicia pel fet de posar una paraula en lloc d'una altra (54). Serà doncs a partir d'aquest text i més concretament del comentari de Socarrats quan s'evidenciarà una clara contradicció entre la nostra institució i el dret romà i això és producte, precisament, del caràcter successori -contractual- de l'heretament, que era totalment incompatible amb el règim romà.

Si analitzem conjuntament l'Usatge "Auctoritate et Rogatu" (que com hem vist és l'origen de l'heretament) i aquest capítol de les Commemoracions, percebrem que estan parlant d'una mateixa institució. Estem davant d'una donació -aquí ja se l'anomena heretament-, feta pel pare al fill, l'objecte de la qual és la "castlania" o el "feu", amb la possibilitat de reserva d'usdefruit de les coses donades.

La diferència, en tot cas, estarà en la finalitat que persegueix cada disposició: l'Usatge 76 recull, amb caràcter general, la institució de l'heretament positivitzant la possibilitat de practicar-lo d'acord amb l'ordenament jurídic català, heretat, en part, de la legislació visigoda. En canvi, en el capítol XXIV de les Commemoracions, únicament es contempla un dels problemes que poden derivar de l'heretament, precisament del seu caràcter feudal, quin és: qui ha de prestar l'homenatge quan el vassall havia fet heretament al seu fill reservant-se, durant la seva vida, l'usdefruit de les coses donades?, el fill?, el propi usufructuari?

Tot això ens reconduïx a l'origen de les Commemoracions, el qual, segons opinió comú de la doctrina, és el complement consuetudinari dels Usatges, i que a causa de la incertitud que produeix tota regulació de tipus consuetu-

dinari no escrit, porta a què, al segle XIII, el canonge Pere Albert les sistematitzi i reculli per escrit, fins que després passin a les recopilacions oficials (Rebén aquesta sanció a les Corts de Montsó l'any 1470) (55).

L'aportació que ens proporciona el text de les Commemoracions és que recull la institució desenvolupada al dit Usatge, sota la denominació d'heretament. És, per tant, un graó més dins de la cadena de la seva formació, que ja tenia les seves primeres anelles al Liber Iudiciorum, el qual continuava practicant-se -després de la invasió dels àrabs-, en forma consuetudinària, cristallitzant com a tal costum, però, en forma escrita als Usatges. Poc temps després rebrà el complement de les Commemoracions, sancionant ja expressament el mot heretament. Hem de tenir també present la Consuetud sobre limitació de les donacions universals (protecció dels legitimaris).

## 8. LEGISLACIÓ PARCIAL POSTERIOR

A partir de les Commemoracions, el mot heretament anirà apareixent sovint als textos legals successius, els quals no són res més que la regulació de certs aspectes de la institució; així, a títol d'enumeració són els següents:

— La Constitució de Pere III a la Cort de Perpinyà l'any 1351 cap. XVI (56), coneguda amb el nom de "a foragitar fraus". Essent important perquè en ella s'hi afegeix un nou element: "en temps de nocces", el qual no havia estat present als textos comentats anteriorment, que únicament es referien a una relació pare-fill (donació del pare al fill).

— Constitució de Ferran II a la tercera Cort de Barcelona de l'any 1503 cap. XLI, "per toldre fraus" (57), on també, igual que en la de Pere III es continua fent referència a la contemplació del matrimoni, i més concretament aquí, a la seva concreció en Capítols Matrimonials.

Amb aquesta exposició queda tancat l'estudi dels orígens dels heretaments en les dues direccions que ens proposàvem al començament: 1) Des del punt de vista de la seva iniciació en el propi ordenament. En aquest sentit, ha quedat demostrat que les seves arrels arranquen del Liber Iudiciorum, que a la reconquesta se segueix practicant, si bé de manera consuetudinària, fins i tot, ignorant que es tracta del text visigot, i serà redactada per escrit en l'època dels Usatges, concretament a l'Usatge 76 "Auctoritate et Rogatu", configurant-lo com a una millora entre vius. Completant-se, simultàniament, amb l'Usatge 79 "Possunt etiam", al qual es possibilita la donació dels béns futurs.



2) En època no gaire posterior als Usatges s'introdueix, amb les Commemoracions de Pere Albert, per primera vegada, el mot heretament (cap. XXIV), essent aquest el primer text en què la nostra institució queda configurada amb nom autònom. Es necessari, no obstant, destacar que àdhuc haver posat de relleu un canvi de denominació a partir de les Commemoracions, sovint coexisteixen els dos termes en un mateix text (Donació-Heretament), fins i tot a les escriptures de capítols matrimonials. El mateix succeeix a les dues constitucions abans citades (58) (59).

En un tercer estadi, s'hi introdueix el concepte de contemplatio matrimoni, o en temps de noces, per acabar parlant de Capítols Matrimonials.

La institució, malgrat tot, no quedarà definitiva<sub>ment</sub> configurada, en un text positiu, sinó a partir de la Compilació Catalana, on, com veurem, s'estructura, taxativament, com a una institució d'hereu -Contractual-, prescindint de les objeccions que plantejava el dret romà i que havien fet que els autors anteriors intentessin posar d'acord ambdós ordenaments configurant a l'heretament com a una donació universal de tots els béns presents i futurs (60).

## NOTES A LA PRIMERA PART

- (1) BROCA Guillermo Ma. de / Amell, Juan: Instituciones de Derecho Civil Catalán Vigente, o sea exposición metódica y razonada de las leyes costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado: completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y pre-  
dida de una introducción histórica. Barcelona. Imprenta Barcelonesa. 1880. Assenyalen com a precedent dels here-  
taments la Novel.la XIX de l'emperador Lleó. No obstant  
els mateixos autors, a la segona edició d'aquesta obra  
(Idem 1886), van canviar aquesta opinió: "Rectificamos  
en este punto lo que dijimos en el apartado 68 de la  
primera edición, en la cual también citábamos como fun-  
damento legal de los heredamientos catalanes la Novela  
XIX del emperador León, nunca observada en Cataluña...",  
afegint a continuació: "En la legislación goda, tampoco  
existen antecedentes, y deberemos afirmar que los here-  
damientos son institución catalana propiamente indíge-  
na...". Aquest canvi d'opinió entre una i altre edició  
es degué, segurament, a l'aportació que va fer DURAN  
i BAS a la seva Memoria acerca de las Instituciones del  
Derecho Civil de Cataluña. Barcelona. Imprenta de la  
Casa de Caridad, 1883, pàg. 91, on introduint l'opinió  
de Savigny sobre el coneixement, a l'Edat Mitja, d'aques-  
tes Novel.lles, afirmava la impossibilitat que hagués ser-  
vit de base als heretaments: "así porque en Occidente fue  
la legislación puramente romana, no la bizantina, la que  
se conservó después de la irrupción de los pueblos septen-  
trionales...".

El primer en sostenir l'origen d'un pacte similar  
a l'heretament a la citada Novel.la havia estat Antonius  
FABER: Codex Fabrianus, definitionum forensium et rerum

in Sacro Sabaudiae Senatu tractarum. Apud Petrum et Jacobum Choüet. Genevae, 1640. Lib. V, tit. IX, def. VII, en parlar que el pacte que es doni l'herència en contracte de matrimoni no es pot revocar per arrepentiment. Posteriorment, argumentava aquesta mateixa Novel·la, TORRE, Joannes: Tractatus tripartitus de pactis futurae successionis. Coloniae Allabrogum, Apud Fratres de Tournes. 1699 (la primera edició és de 1673). Lib. I, cap. XI, nº 10.

La majoria d'atuors no s'endinsen dins el problema de l'origen. FONTANELLA, Joannes Petrus: De pactis Nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus. Barcinonae, Apud Laurentium Deu. Expensis Michaëlis Menescal, 1612. Clau, IV, Glo. IX, pars. IV nº 1, referint-se als heretaments a favor dels fills que naixeran es limita a dir: "Solebant antiquitus (plusquam hodie, quia nunc pauci sunt, qui hereditamenta filiis faciant,...". Afirmant més endavant: "Et licet haec haereditamenta a tempore immemorialia sunt solita et consueta in huiusmodi nuptialibus instrumentis fieri, per multum tamen temporis ea ita dormierunt, ut parvus aut nullus essent in palatiis illorum antiquitus rumor..."

DURAN y BAS: Memoria..., pàg. 90, havent rebutjat l'origen romà diu: "Generalizados por la costumbre... la institución se ha modelado propiamente en forma consuetudinaria... teniendo fisonomía propia, tipo especial, piérdese su origen en la oscuridad de los tiempos", matitzant seguidament, pàg. 91: "Pero de todos modos demuestra la antigüedad de la institución el que en el cap. 24 de las Costumbres de Pedro Albert... se mencionan ya los heredamientos como una institución muy en uso"; BROCA Guillermo M<sup>a</sup>. Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Civil y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia. Vol. I. Barcelona. Herederos de Juan Gili, Editores, 1918. pàg. 113, 238 i 699 on veu la vinculació dels heretaments amb els

Usatges 76 i 79; DE LA FUENTE Y PERTEGAZ, Pedro: Los Heredamientos Capitulares en Cataluña, Madrid. Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, 1921. Repeteix pràcticament amb les mateixes paraules l'opinió de Duran i Bas; PELLA Y FORGAS, José, Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código civil español. T. III. Barcelona, J. Horta, impresor, 1918. pàg. 31; BORRELL y SOLER, Antonio M.: Derecho Civil vigente en Cataluña, 2a. edic. T. IV derecho de familia. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1944, i recentment PUIG FERRIOL, Luis: Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXVII vol. 2º, EDESA, 1978, pàg. 101 relacionen també l'heretament amb els Usatges abans dits i sense entra-hi amb detall.

Després d'assenyalar aquests autors més significatius cal recordar l'opinió de Jesús LALINDE ABADIA, en tant que s'aparta del corrent dominant, remarcant uns possibles antecedents visigòtics, malgrat que no estudiï els textos: La problemática histórica del heredamiento, Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), Madrid 1961, pàg. 208 a 215 i Los pactos matrimoniales Catalanes, AHDE, Madrid, 1963, pàgs. 198 i 199.

- (2) Quant a aquestes maneres d'entendre l'origen d'una institució vegeu: LALINDE ABADIA, Jesús "La problemática...", pàg. 216.
- (3) Sobre la vinculació dels heretaments amb els pobles primitius es pot veure COSTA, Joaquín: Derecho Consuetudinario y Economía popular, I Alto Aragón (Huesca) (Derecho de Familia), Barcelona, Manuel Soler-Editor, 1092. pàg. 87, on parla d'uns orígens ibèrics i cèltics.
- (4) Constitucions i Altres Drets de Catalunya (C.A.D.C.), I, 8,9,1. Transcribim aquí el dit Usatge segons la edició de D'ABADAL i VINYALS, Ramón i VALLS TABERNER, Ferràn:

Textes de Dret català, I. Usatges de Barcelona. Barcelona, Impremta de la Casa de Provincial de Caritat, 1913, pàg. 32 i 33. "Auctoritate et rogatu cunctorum illorum nobilium et magnatum constituerunt supradicti principes R(aymundus) et A(dalmodis), qualiter omne donum stet in convulsum perhempniter et firmum. Addicientes ut si quis suum castrum vel honorem vel aliquam possessionem, voluerit dare filio suo vel filie, vel nepoti vel nepte, tali vero ratione ut cuncta que dederit cunctis diebus vite sue teneat et post ejus obitum cui donaverat remaneat, talem convenit adhibere firmitatem quod eciam postmodum voluntatem suam nullatenus mutare possit, hoc scilicet ut recipiat eum ad hominem manibus comendatum, aut donet ei potestatem de castro, a(u)t comendet ei castellanum de castro et eos qui honorem quem dederint habuerint per eum, aut faciat jamdictum, castrum et honorem ei adquirere de seniore per cujus manum illud idem castrum vel honorem habuerit. Quod si hec omnia fecerit, sed eciam unum ex hiis predictis, deinde voluntatem suam mutare non poterit, si illa justa facta fuerit donacio aut nulla alia impedierit ratio. Nam leges et jura concedunt patrem bene facere filio suo vel nepoti, donando ei vel meliorando eum de suo honore; et est usum facere hoc aliquando in presenti, aliquando in absconso ob timorem ceterorum filiorum suorum, sive seniorum, vel eciam parentum et amicorum. Ea propter prelibati principes et omnes de eorum curia sana intencione laudayerunt et laudando constituerunt hujusmodi pretaxata tenedone, videlicet hominaticum, potestatem castri, aut comendacionem castellani, aut adquisicionem de seniore, talem in omnibus firmitatem obtinere, quod deinceps nulla fraudulencia calliditate subverti, vel aliquo ingenio possit mutari. Hoc quoque modo et ordine possit pater vel avus meliorare filium suum vel filiam, vel etiam nepotem suum vel neptem."



- (5) BROCA, Historia..., pàg. 153.
- (6) Realment, s'ha d'entendre que aquesta referència que fa Broca al "Fuero Juzgo", no ho és al títol 3, sinó al 2 del mateix llibre V.
- (7) GLOSSA ORDINARIA, a Antiquiores Barchinonensium leges, quas vulgus Usaticos appellat, cum comentariis Supremo-  
rum Iurisconsultorum, Iacobi a Monte Iudaico, Iacobi et  
Guielemi a Vallesicca et Iacobi Calicii. Barchinonae  
per Karolum Amorosum Provensal. Impensis Honorabilum  
Mercatorum Raphaelis Dauder et Jacobi Laceras, 1544,  
Fol. CXXVII, col. 1a.
- (8) Transcribim el Liber V, 2,6, segons l'edició de Karolus  
ZÉUMER: Leges Visigotorum, a Monumenta Germaniae Histo-  
rica. Hannoverae et Lipsiae. Impensis Bibliopolii Hahnianii, 1092. pàg. 213 a 215.
- " FLAVIUS CHINDASVINDUS REX. De rebus traditis vel  
per scripturam donatis. Res donate, si in presenti tradi-  
te sunt, nullo modo repetantur a donatore. Quod si etiam  
provenerit, ut quod donatur longe sit positum, pro id do-  
natio evacuari non poterit; quia tunc videtur vera esse  
traditio, quando iam apud illum scriptura donatoris habe-  
tur, in cuius nomine conscripta dinoscitur. Hoc tantum  
observandum est, ut, si donator dixerit, nec dedisse nec  
direxisse scripturam, sed sublatam sibi fuisse, tunc  
ille, cui res donate sunt, per testem convincat, ab ipso  
donatore eandem aut traditam sibi aut directam vel ex  
eius voluntate in potestate sua redactam, et dum probabe-  
rit, stabilis habeatur. Quod si probare neclexerit, in-  
valida remanebit; si tamen qui donabit voluerit. Illud  
sane addi placuit, ut, si quisque scripturam de suis re-  
bus in quibuslibet personis ediderit, si eam vivendo illi,  
in cuius nomine scripta est, non tradiderit, quamlibet  
tradita non sit, tamen, dum post eius obitum repperta fue-  
rit, ille sibi eam vindicabit cum omnibus rebus, que ibi



conscripte sunt, in cuius nomine donator eam fieri voluisse cognoscitur. Quoniam iustum omnino est, ut talis scriptura rob<sup>v</sup>or plenitudinis habeat, quam vivens donator ita salvabit, ut nequaquam videatur aliquatenus inmutata. Quod si ipsum, cui res donate fuerant, fatalis casus ab hac vita subduxerit, antequam rem sibi donatam caperet, ad donatorem vel ad heredes donatoris res ipsa pertineat. Qui vero sub hac occasione largitur, ut eandem rem ipse, qui donat, usufructuario iure possideat, et ita post eius mortem ad illum, cui donaverit, res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutandi voluntatem suam, quando voluerit, etiam si un nullo lesu fuisse se dixerit. Ille vero, qui falsa donatione circumventus aliquid in utilitatem donatoris expendit, aut ab ipso donatore recipiat aut ab eius heredibus, ne iniuste damna sustineat, qui lucrum se habere de inani promissione putabat."

- (9) No obstant, podia succeir, i aquest debia ésser el supòsit més normal, que aquestes donacions s'atorguessin per escrit. En aquest cas caldria seguir els efectes de la donació perfecta, és a dir, la irrevocabilitat; el Liber per a obviar això, les configura com a revocables, propi de les donacions mortis causa.
- (10) Vegeu aquí, sobre els modes d'explotació del sòl i la seva identificació amb la propietat familiar BONNASSIE Pierre, Catalunya mil anys enrera (segles X-XI) 1/Economia i Societat pre-Feudal, Edicions 62. Barcelona, 1979. Pàg. 211. Traducció de l original francès "La Catalogne du milieu du Xe. à la fin du XIe. siècle: Croissance et mutation d'une société (1975-76). Traducció de Carles Castellanos.

- (11) GLOSSA ORDINARIA. Antiquiores..., fol. CXXVII, col. 2a, recull aquestes dues posicions.
- (12) MONTEJUDAICUS, Jacobus de: Antiquiores..., Fol. XCCVII, col. 3a.
- (13) Sobre la prohibició al dret romà de la donació feta pel pare al fill, vegis l'apartat dedicat al paper del matrimoni en l'heretament. Hem de fer notar, però, que en aquesta època el que fa que valgui aquest tipus de donació és la intervenció dels quatre modes feudals. No obstant, més tardanament, tots els autors justificaran aquesta validesa per la intervenció de la causa matrimonial.
- (14) Així ho havia fet notar LALINDE ABADIA, Jesús, "La problemática...", pàg. 208 i sgt., i Los Pactos..., pàgs. 198 i sgts.
- (15) Per veure el significat dels termes leges i iura, vegeu Alvaro d'ORS, Derecho privado romano. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1977, §. 35, pàg. 63, on diu: "Entre ius, creado por la autoridad de los prudentes y la lex, creada por la potestad del magistrado hay una clara antítesis".
- (16) Sobre la diferència entre el sistema llegítimari romà i el Visisgot, vid., entre altres, VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Contenido cualitativo de las legítimas en Cataluña antes y después de la Compilación. En Estudios sobre la legítima catalana. "Catedra Duran i Bas", Barcelona, 1973, pàg. 66 i sgts. Del mateix autor, també, Apuntes de Derecho sucesorio. Reimpresión de la edición de 1955. Madrid, 1968, pàg. 13-65; ROCA TRIAS, Encarna, Natura i contingut de la llegítima en el Dret civil Català. Barcelona, Càtedra "Duran i BAS". "Institut d'Estudis Catalans", 1975, pàgs. 51-56 i 111 a 114.

( 17) Usatges de Barcelona i Commemoracions de Pere Albert.

Editorial Barcino. Barcelona. 1933. Dins la col.lecció "Els nostres clàssics" vol. 43-44, pág. 84.

(18) Vegeu aquí la transcripció dels textos ( U.76, U.77 i L. V,5,1) on assenyallem, amb subratllat, les coincidències literals i amb punts, allò que és similar o dit amb paraules semblants:

Liber V,5,1.

Dum inlicita quaque perpetrari cognocimus ( ..... ) Igitur pater vel mater, avus vel avia, quibus q uempiam filio rum vel nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant omnino censuram, ut super decimam p artem rerum suarum melioratis filiis aut filiabus vel nepotibus atque neptis ex omnibus rebus suis amplius nihil impendat neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam tranduscant nisi fortase provenerit, eos legitimos filios vel nepotes non habere superstes. Sane si filios sive nepotes habentes ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint de facultate sua largiendi voluntatem habuerint, de quintam tantum partem iudicandi potestas illis indubitata manebit. Exheredare autem filios aut nepotes licet pro levi culpa inlicitum iam dictis parentibus erit, flagellandi tamen et corripendi eos quamdiu sunt in familia constituti tam avo quam avie, seu patri quam matri p otestas manebit. Nam si filius filiave, nepos, neptis tam presumptuosi extiterint

Usatge 76

Es evident que la justificació q ue fa aq uest usatge ho és en referència a la llei transcrita al marge, al dir:

"Nam leges et iura concedunt patrem bene facere filio suo vel nepoti, donando ei vel meliorando eum de suo honore..."

Usatge 77

Exhereditare autem possunt p redi cti genitores filios suos (vel filias), vel nepotes sive neptes, si illi tam p resump tuosi existerint ut p atrem aut matrem avum aut aviam, graviter percusserint aut deshonestaverint, vel de crimine eos in iudicio accusaverint. aut filii efficiantur basatores, vel si filie

,ut avum suum aut aviam, sive etiam patrem aut matrem tam gravibus iniuriis contentur efficere, hoc est, si aut alapa, pugno vel calce seu lapide aut fuste vel glagello percutiant, sive per pedem vel capillos ac per manum etiam vel quocumque inhonesto casu abstraere contumeliose presumant, aut publice quodcumque crimen avo aut avie seu genitoribus suis obiciant: tales si quidem manifeste convicti et verberandi sunt ante iudicem quinquagentis flagellis et ab hereditae supradictorum, si idem avus aut avia, pater vel mater voluerint repellendi. Tamen si respicientes a suo excessu veniam a suprascriptis, quibus affenderant, imploraverint eosque in gratiam receperint paternam pietate aut rerum suarum successores instituerint, neque proiberi ab eorum hereditate neque propter disciplinam quacorrepti sunt, infamiam poterint ullatenus sustinere.

matrimonio se coniungere noluerit sed turpiter viverint, aut si filii se sarracenos facerint et pe nitere noluerint; tales si quidem manifeste convicti ab hereditate supradictorum, si idem avus vel avia, pater vel mater voluerint sunt repellendi.

- (19) BONNASSIE, Pierre: Cataluña mil anys enrera (segles X-XI). I/Economia i societat pre-feudal, pàg. 231.
- (20) BONNASSIE, Op. cit. pàg. 211.
- (21) Transcribim el text de l'Usatge d'acord amb l'edició D'ABADAL-VALLS TABERNER: Textes de Dret Català..., pàgs. 34 i 35: "Possunt eciam principes, magnates et milites dare cui voluerint illorum honorem, illum scilicet quem expectant sibi juste venire in appercione post mortem alicuius possessoris. Sed postea non possunt mutare suam voluntatem, si adquisitor jam erat homo illorum manibus comendatus, aut propter illud donum ad hominem illum re-

ceperint, quia hoc erat talis tenedo ut si senior hunc honorem ei non dedisse negaverit, sufficisset ei averamentum sicuti faceret si jam hunchonorem tenuisset, quia multociens hoc donum invenitur esse in absconso factum; propterea sepe dicti principes ad talem donum dederunt omni tempore averamentum."

- (22) BROCA, Guillermo Ma. Historia..., pàg. 239, diu: "si este usage -referint-se al Auctoritate et Rogatu-, fue la sanción legal del heredamiento a favor del hijo que contraía matrimonio, otro pudo serlo respecto del otorgado por el segundo a favor del hijo que a su vez tendría. Es el 79 (Possunt etiam)."
- (23) BROCA. Op. cit., pàg. 155. "Concuerta con el 76 i sin duda, es originario, debió ser alterado, puesto que habla de príncipes...". Ficker, Julius. Sobre los Usatges de Barcelona y sus afinidades con las Excepciones legum Romanorum. Barcelona, 1926. Solament assenyala el lligam existentn entre els Usatges 76 i 77, sense mencionar els orígens del 79. MOR Carlo Guido: Entorno a a la formación del texto de los "Usatici Barchinonae", AHDE, 27-28 (Madrid, 1957-58), pàg. 438. LALINDE, Jesús: Los pactos..., pàg. 201, diu: "Aunque no convincentemente parece ser considerado también como antecedente del heredamiento",. BASTARDAS i PARERA, Joan: Sobre la problemàtica dels Usatges de Barcelona. Discurs llegit el dia 10 de març de 1977, en l'acte de recepció pública de ..., a la Reial Acadèmia de Bones lletres de Barcelona. Barcelona 1977, pàg. 19. "Els U. 76, 77, 78 i 69 són inseparables; presenten certa unitat temàtica..., el U. 79 està també unit als anteriors, però més amb el 76, tots dos parlen de donacions que no poden de cap manera invalidar-se".



- (24) Transcribim aquesta llei del Liber segons l'edició de ZEUMER: Leges Visigotorum, pàg. 210: V,2,2, Recc. "FLA VIUS CHINDASVINDUS REX. De donationibus regis. Donationes regie potestatis, que in quibuscumque personis conferuntur sive conlate sunt, in eorum iure persistent; quia non oportet principum statuta convelli, que convellenda esse percipientis culpa non fecerit.
- (25) "Licet inter privatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa, gestae efficaciter speciem ostendat, tamen quum voluntas militum, quae super ultimo vitae spiritu deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicii obtineat, proponasque, te ac fratrem tuum, ad discrimen praelii pergentes, ob communem mortis fortunam invicem esse pactos, ut ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem viate attulisset, pertinerent, exsistente conditione intelligitur, ex fratris tui iudicio, quod principalium constitutionum prompto favore firmatur, etiam rerum eius compendium ad te delatum esse."
- (26) HUGO, Celsus: Consilia Celsi Hugonis Dissuti Cavilloni celtae..., Ludgduni, 1586. Consil. 58 nº 1, on cita en recolzament de la seva posició a IASON de MAYNO, In primam Codicis partem commentaria. Augustae Taurinorum 1576. A la llei licet fol, 68 v. nº 5, i que al nostre entendre no coincideix perque Iason, al igual que la llei que comenta, parla del pacte de institució recíproca entre els mílites i no pas del pacte de que els fills succeeixin al matrimoni si els contraents eren milites.
- (27) BERENGARIUS FERNANDUS: Libri quinque antehac in lucem editi: Recens vero ab eodem emendati et multo locupletiores;

Quibus sextum de futura conventionali successionē pacta complexum adiuxit. Tolosae. Apud Lodovicum Ynernage, Ioannes Iagourt et Ia. Calomies 1552, pàg. 452, nº 7.

- (28) Recordem aquí allò que hem dit a la nota (26), puix que la llei licet (C. 2,3,19), es refereix a la institució recíproca i en principi no cap, en aquesta llei, un mot tan ampli com el que implica "Algú". Per això, podem afirmar que Berengarius, si bé argumenta a favor seu aquesta llei, va més enllà del seu contingut.
  
- (29) D. 29,1,1.
  
- (30) L'opinió d'aquest autor, malgrat la seva ciutadania francesa, serà d'especial importància per a Catalunya, a causa de la gran divulgació i influència que la seva obra va tenir en el nostre país. FONTANELLA De Pactis, IV, 9,5, nº 142, diu d'ell: "Berengarius Ferdinandus qui in hac materia haereditamentorum plusquam alius, laboravit...", i a les Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae. Lugduni Apud Germanum Nanty et Soc. 1668, decis. 585, nº 10, confirma la seva influència: "... nisi certo casu in haereditamento expresse qui non evenit. Et magis magisque in terminis Berengarius Ferdinandus quem semper in his materiis habuit ducem quem sequetur Cathaloniae, cum vix sit alius de exteris, qui de eis agat."
  
- (31) IGLESIA FERREIROS, Aquilino: La creació del Derecho en Cataluña. AHDE. XLVII, 1977, pàg. 99-423. Apèndix nº 77, 300, 316 i 361.
  
- (32) Els primers símptomes de la recepció es donen al regnat d'Alfons I a les darreries -el segle XII i començament del XIII. Sobre aquesta qüestió es poden veure principalment el treballs de: FONT RIUS, José Ma.: "La Recepción del Derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media", Recueil de memoires et travaux publiés par la So-



ieté d'histoire du Droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit (Mantpellier, 1967), 85-104 i recentment IGLESIA FERREIROS: La creación..., especialment les pàgs. 278-280.

- (33) Vegi's allò que hem dit a les notes 26, 27 i 28, especialment per Berengarius, donat que els Consilia del francès Celsus Hugo, es refereixen al Dret de Catalunya.
- (34) Béns futurs que en cap moment es mencionen a l'Usatge 76.
- (35) I,8,9,1. "Si algu dona tot quant ha en sos béns a son fill o filla, o a altra qualsevol persona, e apres lo donador ha fill de aquella muller que ja havia, o de altra que apres haurà presa, lo fill o filla que après naxerà, encara aquell qui era nat quan lo pare feu a altre la donació, apres la mort del -pare pot revocar de la dita donació, fins a compliment de la sua legítima, no obstant que aquell al qual lo pare fue la donació tenga la possessió."
- (36) Com hem vist, l'Usatge 76 parla de donació de coses particulars "...si quis suum castrum vel honorem vel aliquam possessionem voluerit dare filio suo...", objecte que es veu ampliat a l'usatge 79, el qual regula la donació dels béns que es poden arribar a tenir en un futur "Possunt..., dare qui voluerit illorum honorem illum scilicet quem expectant..."
- (37) BROCA: Historia..., pàg. 239. PELLA; Código, III, pàg. 32. Diu referint-se a aquest costum: "A la vez de esta institución de heredamiento, la costumbre seguramente en las villas y ciudades libres donde el elemento y la tradición romana subsistían, completaba las últimas disposiciones de los emperadores (C. 3,29), dando lugar a un texto legal que se cita con frecuencia. Const. I,8,9, así pues, por nuestro derecho el heredamiento se considera donación de todos los bienes..."

- (38) PEGUERA Ludovicus ã: Decisionum Aurearum ex variis Sacri Cathaloniae Senatus collectarum, II. Barcinone, Ex typographia Sebastiani Matheavad, 1611. cap. 38 nº 3-6.
- (39) C. 3,29,5, referit a la donació de tots els béns que es fa al fills emancipats, diu que s'ha de reduir, allò que sigui inoficiós respecte dels fills que hagin pogut néixer després de la donació. En canvi, a C. 8,55,8, es contempla la donació de tots els béns, feta pel "patronus", que no té fills als seus "libertos"; si després té fills, tot allò que ha donat queda ineficaç retornant al donant. D'aquesta anàlisi s'evidència que la similitud de l'usatge ho és, en tot cas, amb la llei C. 3,29,5.
- (40) Aquesta llei del Liber estableix que els testaments, donacions, institucions de dot i altres documents que excedeixin dels límits permesos per la llei, no han de sofrir la total invalidesa, sinó en la quantitat que excedeixin dels dits límits. Presuposa, almenys, les disposicions del Liber III, 1,5 i IV,5,1.2 (Zeumer: Monumenta pàgs. 210-211). II,5,10. . "De superfluis scripturis et super ordinem legis confectis". Plene discretionis ordo est incertis adhibere cognitionem et dubiis conicere fidem. Quia ergo de statu scripturarum solet dubietas in controversiis exoriri, adeo precepto decernitur evidenti, ut quicumque virorum ac feminarum testamenta, donationes, dotes vel quascumque scripturas conficit amplius, quam lex iubet, in quibuscumque partibus sive personis contra sanctionem legis de quarumcumque rerum distributione decreverit, non ideo ex toto habeantur invalide, quia ordo prefixus videtur esse transgressus; sed manentibus cunctis, que salubrius ex legis auctoritate subsistunt, illa sola decident, que contra legem inveniuntur manere descripta atque decreta. Huius rei evidenter iudices negotiorum hoc tenore descripta ordinabunt, ut ille, cui plus conficitur per escripture seriem, quam oportuit, hoc solum accipiat, quod auc-

toritas legis demonstrat, et reliqua hi, quibus legitime debentur, vigore iusticie consequantur."

- (41) PEGUERA, Decisiones II, cap. 38 nº 5, i CANCERIUJ Jaco-  
bus: Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontificii et  
Municipalis Principatus Cathaloniae. Lugduni. Sumptibus  
L. Arnaud et P. Borde, 1670 part. I cap. 8, nº 125. Ar-  
gumentant el primer que havia trobat al marge d'unes an-  
tiques constitucions de Martí Sunyer i de N. Ferrer  
(aquests més antic que el primer), que a l'original de la  
consuetud no s'hi troba l'expressió abans al.ludida.
- (42) GLOSSA: Antiquiores, fol. 127, red. glossant les paraules  
"si illa iuste" de l'usatge 76 argumenta el Codex, 3,29,  
per tot. No obstant al començament de la glossa, on asse-  
nyala les concordàncies diu que l'usatge està contra la  
lleí del Liber II,5,10, en el sentit, entenem, que aques-  
ta lleí (II,5,10), vindria a constituir un dels límits  
de l'usatge. Amb tot això, es confirmaria la nostra posi-  
ció en torn als orígens de la consuetud. En el fol. 143  
però, sembla que s'estigui referint a aquesta consuetud.
- (43) Antiquiores, fol. 127 v., cita com a base de la seva argu-  
mentació C.3,29. Els altres dos comentaristes que comple-  
ten aquesta obra (Jaume i Guillem de Vallseca), no fan re-  
ferència al seu comentari a la reducció per inoficiositat.  
Callís, no arria a comentar-lo (l'usatge 76).
- (44) Jacobus MARQUILLES: Super Usatici Barchinonensis leges  
quas vulgo Usaticos appellat. Barcelona, 1505, fol. 220  
v. cita com a base legal els mateixos textos que Jaume  
de Montjuïc, Vid. nota anterior.
- (45) Arxiu de la Corona d'Aragó (A.C.A.), Codices Generalidad,  
fol. LXXVIII r.

(46) Publicat a la Revista Jurídica de Catalunya (1927), pàgs. 228 - 274, 352-370, 440-467; per Ferran Valls Taberner, segons transcripció per Mn. Pere Pujol i Tubau, del manuscrit de la Seu d'Urgell.

(47) ACA, loc. cit. supra nota, 45.

(48) Vide nota 41.

(49) I,4,30, pàg. 332. "XXIII]. Sil usufructuari, o propietari, o ambdos son tenguts fer homenatge, o servey.

Sil vassall, ol castla haura heretat fon fill de la castlania, o del feu del Castell, retengut empero a ell us de ruyten tota la vida sua, el Senyor demanara homenatge a ell effer fet del dit usufructuari, e lo fill del usufructuari dira, si effer propietari, e de ell deure reebre homenatge, e no del pare, com tantfolament se haja retengut en lo dit Castell vdefruyt, e haja itablit aquell propietari en aquell feu en temps del heretament, o donatio qui li feu

, el pare usufructuari temesi perdre lufdefruyt, si el fill propietari haura fet homenatge al Senyor, per contrari dira, si deure fer homenatge, e no el fill, lavors lo Senyor, pus que calcun se offer, potreebre de cascu homenatge, ço es asaber del pare, axi com de ufufuctuari, com de possfeent, e del fill axi com de propietari: Aço faul, quel ufufuctuari tot temps romanga en fon fta-ment, e quel Senyor no reeba fervey fino del ufufuctuari tantfolament, e axi no feran dos vassalls, mas hutantfo-lament daquell feu, e daço faça lo Senyor carta, que no pu xa a altre perjudicar: Si empero aquell castla, o vassall, en temps de heretament, o donatio, la qual a fon fill ha feta, res nos retenc, mas de tot daquela castlania, o feu de tot fon fill hereta, o a ell daquestas cofas plena do-natio feu, e res nos retenc lo pare, aço faent, en aqueft cas lo fill, pus que ha pres lo feu del pare, axi a ell



donat del pare, es tengut fer homenatge al Senyor del Castell, o del feu, e si fer ho contendra, e lo Senyor del Castell, o del feu per aquest contrast lo Castell, o feu pendra, e guerra daquen ~~fo~~stendra, no es tengut a ell lo Senyor retre lo Castell, ol feu, fins que li haura fet homenatge, e li haura restituidas totas las despesas, els dampnatges, las quals lo Senyor mostara si haver fets, o sostenguts, del die que a ell contradix fer homenatge, tro al die quel fet sera consumat.

- (50) Així per exemple en el cap. XXVII es diu: "ex donatione hereditaria", i en altres s'utilitza heretat com a sinònim de feu. veg. cap. XXVIII i XXXV.
- (51) SOCARRATIS, Joannes de: In tractatum Petri Alberti canonici Barchinonensis, de consuetudinibus Cathaloniae inter dominos et vassallos, ac nonnullis aliis, quae Commemorationes Petri Alberti Apellantur..., Barcinonae, 1551, fol. 251, nº 1.
- (52) In tractatum, fol. 251 nº 5, "improprie dicitur haereditarrit; quia haereditas non dicitur viventis".
- (53) In tractarum, fol. 252, nº 6.
- (54) L'afirmació que fa Socarrats que a Catalunya l'heretament es pren per donació serà el suport que s'anirà repetint pel tots els autors posteriors vg.: CANCERIUS: Variarum, I, 8, nº 130; PEGUERA: Decisiones, I, Cap. 170, nº 1; FONTANELLA, De pactis, IV, IX, 4a nº 4, on amplia l'afirmació de Socarrats dient: "Senatus tamen noster amplexata es verbi haereditare seu haeredem facere in Cathalonia receptissima acceptacione et usurpacione ut donare significet...", idem nº 39. També MOLINUS Franciscus: Tractatus celebris et insignis de ritu nuptiarum et pactis in Matrimoni conventis. Barcinone, Ex Typographia Laurentii Déu. Expensis Ioannis Simon Anno 1617. Lib. III, Questio III nº 26 (entre altres).

- (55) BROCA, Historia, pàg. 191, ROVIRA i ERMENGOL, Usatges, pàgs. 39 i sgts.
- (56) I,5,2,1, on es prohibeixen les retrodonacions del fill al pare "n diminutio, derogatio, o perjudici del heretament o donació feta o faedora...".
- (57) I,8,9,1. Sobre la insinuació de les donacions i on es crea un llibre titolat de donacions e heretaments.
- (58) Cap. XXIV Commemoracions: "en temps del heretament o donació", a I,5,2,1: "... o perjudici del heretament o donació", i finalment a I,8,9,1: el llibre que es crea porta aquest títol.
- (59) Sobre la problemàtica que es pot plantejar de si l'heretament comporta un o més Negocis i/o un o més. Títol vegi's l'apartat corresponent. (infra. ~~part~~ part III n°20).
- (60) Sobre aquesta qüestió vegi's part II . 16 .

ooo000ooo

SEGONA PART

EL PAPER DEL MATRIMONI ALS HERETAMENTS,

---



## 9. PAPER DEL MATRIMONI EN ELS HERETAMENTS.

### --EN GENERAL--

Ja hem vist, a l'apartat anterior, que el primer text legal que recull la institució dels heretaments, almenys en el seu caràcter embrionari, és l'Usatge 76, el qual, destacàvem, no feia cap referència al vincle matrimonial dels subjectes intervinents, palesant, únicament, un parentiu entre donant i donatari (4).

Els mateixos comentaristes d'aquest Usatge tampoc mencionen el matrimoni com a pressupòsit de cap mena. Tanmateix a la Constitució "A foragitar frauds" (Pere III a les Corts de Per<sup>u</sup>pinyà 1351), apareix per primera vegada, la vinculació de la institució objecte del nostre estudi amb el matrimoni (2). Cal<sup>l</sup>dria, no obstant, fer constar que en un autor bastant posterior a la promulgació d'aquesta constitució (3) quan comenta l'usatge en qüestió, fa menció del matrimoni només de passada, la qual cosa no vol dir que ambdós (heretament-matrimoni) no esti<sup>u</sup>guessin interrelacionats en aquell temps, sinó que el comentari d'aquest autor a l'Usatge de referència és fet d'una manera fi<sup>l</sup>del a la lletra del text originari, el qual, com hem vist, no el refereix (4).

Després de veure la vinculació del matrimoni a l'esfe<sup>u</sup>ra de l'heretament, ens pertoca veure concretament quin és el paper que juga, així com el seu valor jurídic.

#### 9.1. Qualificació de l'heretament com a donatio "propter nuptias".

Que l'heretament es fes per causa de matrimoni va ésser de vegades, motiu perquè es confongués amb la donatio "propter nuptias" del dret romà. En recolzament d'aquesta opinió s'argu<sup>u</sup>mentava que el nostre dret municipal qualificava també indistinta<sup>u</sup>ment l'heretament com a una "donatio propter

nuptias" (5), concretament, a la rúbrica de la Constitució única "De promesa de dot, y donatio per noces" i a la Pragmàtica de Pere III donada a la ciutat de Barcelona l'any 1343 (6). Podríem dir, doncs, que l'expressió propter nuptias era utilitzada aquí, a Catalunya, amb una significació impropia, diferent de la que tenia al dret romà:

Dret Romà: Es comprenia sota aquesta denominació la donació feta pel marit a la muller, i també la feta pel pare o algun altre en el seu lloc, en recompensa del dot i revertint al marit un cop dissolt el matrimoni. Era, doncs, una aportació simètrica al dot. Originàriament es configurà com a "donatio ante nuptias" feta pel nuvi a la núvia, la qual, per disposició de Justinià, es va estendre també a la que es realitzava durant el matrimoni, sota la denominació de "propter nuptias" (C. 5, 3, 19), per a possibilitar els augments de dot.

En opinió de Francesc Molí, la donatio proter nuptias configurada d'aquesta forma, acabà en desús (7).

Dret Català: Es pren en el sentit ampli de l'expressió significant tota donació que fos feta per causa de matrimoni, comprenent, per tant, les donatio "propter nuptias" del dret romà i les demés donacions per causa de matrimoni, essent, aquest últim, el cas de la donació que feia el pare al fill quan aquest volia contreure matrimoni: l'heretament.

La Compilació, no obstant haver intentat desarrelar la configuració de l'heretament com a donació (8), recull aquest últim sentit (donació en contemplació de matrimoni) de la "donatio propter nuptias" a l'article 12, al qual vénen inclosos els heretaments; a l'article 17, on es defineixen les donacions esponsalícies com a obsequis o presents de costum entre els esposos en contemplació de matrimoni; al 44 que regula l'escreix, precedent del qual és el Wittum germànic o el contra-dot romà, i finalment a l'article 48 on expressament es configura el "tantundem" propi del Bisbat de Girona com donació "propter nuptias". En aquests dos últims supòsits, en canvi, hom pot veure la perfecta coincidència amb la concepció romana de "propter nuptias", encara que es puguin admetre també possi-

bles influències germàniques.

Es per això que haurem d'analitzar quin és el paper que desenvolupa a l'heretament, configurat tradicionalment com donació universal de tots els béns presents i futurs (1), sen se oblidar que a l'actual ordenació es regula expressament com a institució d'hereu i que s'hi contenen també uns tipus especials que no comporten transmissió patrimonial "inter vivos" a més dels heretaments a favor dels fills dels contraents. Hom pot veure, doncs, com ja anticipàvem al títol d'aquest apartat, que el matrimoni és pressupòsit d'eficàcia i així ho reconeix també l'article 12 en dir que "Les donacions i els heretaments fets en contemplació d'un determinat matrimoni (...) seran ineficaces si el matrimoni no s'arriba a celebrar". Caldrà, però, aprofundir molt més en aquest tema.

#### 10. VALOR CAUSAL DEL MATRIMONI RESPECTE DE L'HERETAMENT

Tota la doctrina clàssica havia analitzat aquesta qüestió a l'entorn de si el matrimoni era causa impulsiva o bé final de l'heretament. Certament, en aquest punt, l'opinió no era concordant i així ho fan notar varis autors (10).

La utilitat en qualificar-la d'una o altra manera era important en el sentit que: si es deia que el matrimoni era causa impulsiva era tant com dir que estàvem davant d'una donació simple; per contra, si la causa matrimoni era qualificada de final, seria tant com dir que es tractava d'una donatio ob causam. Tot això, des del punt de vista de la vertent pràctica, plantejava dos problemes ben importants: 1er. Saber si s'havia d'imputar o no i 2on. establir si es donava o no la condictio

ob causam per a repetir allò que s'havia donat per causa de matrimoni, si aquest no s'arribava a celebrar. Partint sempre, en aquella època, de la configuració de l'heretament com a donació.

Caldrà, però, abans de pronunciar-nos en un o altre sentit, remarcar ben clarament quins són els elements caracteritzadors de la donatio ob causam en contraposició a la donatio simplex: En principi, per definir la donatio ob causam amb un criteri aproximatiu ho farem contraposant aquest concepte al de donatio simplex. Mentre que aquesta última és aquella que procedeix de la sola liberalitat, en canvi a la donatio ob causam la liberalitat està qualificada per diversos motius més importants, sense dubte, que la sola remuneració. Fins a tal punt, és matisada en ella la causa liberal, que àdhuc hom la defineix com aquella donació que es fa per causa necessària excloent la liberalitat.

Com a qüestió preliminar, no obstant, convé fer esment de quin és el concepte de causa del qual es parteix quan, en general, es qualifica un negoci de ob causam: "causa est propter quam fit aliquid: nihil enim fit nisi praecedat causa faciendi" (11). Es causa final aquella que, per ella mateixa, infereixi a qualsevol un efecte inclòs sota la disposició d'aquella, d'altra manera, si no produeix aquest efecte, espresumeix impulsiva (12), essent per aquest motiu que els autors podran afirmar que la causa final és la substància i que la causa impulsiva no és pròpiament causa, sinó certs motius del disponent o del contraent (13). D'altra banda, una diferent via de distinció era segons la causa fos posada conditionaliter o bé causaliter (14), en el primer cas estarem davant d'una causa final.

Considerar el subjecte sobre el qual es produïa el benefici, també havia estat criteri de diferenciació, en aquest sentit es deia: quan la causa tendeix al sol benefici del que rep, la causa es presumeix impulsiva, en canvi, si propendeix al concedent o a un tercer serà final (15). Finalment, com a criteri important, s'havia mantingut el que la causa estés in-



serida en la llei-final-o que derivés de la voluntat dels particulars -impulsiva- (16).

Aplicant aquests criteris a l'heretament -configurat tradicionalment com a donació, sobretot el fet a favor dels contraents-, intentarem discernir si realment es podia configurar sota el concepte de donatio ob causam. Molí s'atura especialment en examinar, per combatir-les, les posicions que argüeixen que l'heretament/donació universal del pare al fill per causa de matrimoni és una donació simplex; a aquells que afirmaven el caràcter de simple d'aquestes donacions-sota la configuració que és simple perquè l'ob causam necessita que es faci per causa necessària, la qual, com hem dit anteriorment, exclou la liberalitat, i el pare no està obligat a fer la donació per causa de matrimoni, respon el nostre autor argumentant que la donació que es fa per contemplació de matrimoni realment conté causa necessària, la qual deriva del debito naturali del pare respecte del fill i que es concreta en que el pare fa aquestes donacions perquè el fill contregui un millor matrimoni, comportant d'alta banda una major seguretat a l'esposa de la mateixa manera que ho feia la donatio propter nuptias (17).

L'altre distinció que configurava d'ob causam aquella donació que produïa un benefici per al donant, també hom la pot trobar als heretaments, els quals perseguien el manteniment sense divisió del patrimoni familiar i, fins i tot, en ocasions, el manteniment del nom del pare heretant (18). Per tant, no sols s'havia de reputar donatio ob causam aquella que es fés per causa necessària -recollida a la llei-, sinó també aquella que ho fos per afecció natural, que impel·leix als pares a fer-la, com és el cas de l'heretament, donar al fill perquè es casi més honoríficament (19). Altres autors havien mantingut la diferenciació entre simplex i ob causam sota la terminologia de donatio propria i donatio impropia: la primera seria aquella que es fa volent que immediatament rebi el donatari, sense preveure que reverteixi en el donant i exercitant la plena liberalitat; en can

vi, seria donació impròpia si algú donava perquè solament ho rebí quan succeeixi quelcom, en el sentit de que tota la donació és sub conditione (20). Per això coincideixen en qualificar d'impròpia la donació que es fa obligat per la necessitat, sense liberalitat, o més encertadament causa final, a la qual sí que indubtablement vindria inclòs l'heretament o donació per causa de matrimoni, diferent de la donatio propter nuptias romana. Això volia dir considerar la donació de tal manera que si no s'acomplia la causa, es revocava la donació (21).

Es clar, al menys, que tampoc en la configuració actual, pels seus efectes, el matrimoni no pot ésser considerat com a causa impulsiva de l'heretament ja que si el matrimoni no s'arriba a celebrar l'heretament es devindrà ineficax -article 12- (22).

Amb anterioritat hem afirmat que l'heretament, com a donació per causa de matrimoni, no era el mateix que la donatio propter nuptias de tipus romà; no obstant, aquesta asserció pot ésser matitzada. Efectivament, la propter nuptias romana respon a la consideració de donació feta pel marit en compensació del dot que aporta la muller, de manera que "et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio", essent catalogades "ut non simplices donationes intelligantur, sed propter dotem et propter nuptias factae" (23). Aquest mateix paper, encara que matitzat, hom el pot veure també a l'heretament. D'una banda, però, no hem d'ometre que el significat estricte de donatio propter nuptias al nostre dret l'acompleix en certa manera l'aixovar (art. 41 i 42), aportació voluntària del marit a la muller quan aquesta per raó de matrimoni ha estat instituïda hereva, o bé quan passi a viure a casa de l'esposa i aquesta tingui un patrimoni propi més important que el del marit, tenint en compte que la posició dels subjectes, en aquesta institució és invertida, la qual cosa no succeeix en l'esposalici (art. 44) i en el tantumdem (art. 48), aquest últim la propia Compilació el designa com a donatio propter nuptias en garantia del dot. D'una altra



banda, no obstant les afirmacions fetes fins ara, no seria des-  
capdellat fer una certa aproximació de l'heretament amb la  
propter nuptias romana. El sentit que volem donar a aquesta  
afirmació és el següent: es pot mantenir que l'heretament a més  
de tenir com a finalitat la continuació indivisa del patrimoni  
del causant, en té una altra de paral·lela que és la seva corre-  
lació amb el dot, advertint que no li estem atribuint la matei-  
xa natura que la romana, sinó únicament apuntem que pot acomplir  
una de les seves funcions (24).

Som conscients, però, que l'heretament ultrapasa la con-  
cepció de donatio propter nuptias, tant pel que fa al títol que  
confereix, com a la principal finalitat pel qual està pensat l'he-  
retament, de la qual, al mateix temps, deriven els títols de  
referència (continuitat de l'explotació i del patrimoni fa-  
miliar).

Tindríem, doncs, diferents vies de configuració de la do-  
nació universal, feta normalment pel pare al fill en ocasió del  
matrimoni d'aquest, com a ob causam: 1. Es pot mantenir que a  
l'heretament es treu la liberalitat -ob causam necessaria- per  
un debito naturali. 2. Perquè el matrimoni és possat conditio-  
naliter. 3. Perquè no únicament produeix benefici a l'heretat  
(donatari) sinó també al propi disponent (conservació del nom i  
patrimoni familiar) com de la muller i, en certa mesura, de la  
família d'aquesta. 4. Perquè, com hem vist, es podria assimi-  
lar, amb totes les precaucions que es vulgui, a la donatio prop-  
ter nuptias del dret romà.

Malgrat totes aquestes argumentacions que ens porten a  
caracteritzar l'heretament com a una donació ob causam els nos-  
tres pràctics es trobaven amb la dificultat que a la vesant  
pràctica, és a dir, a les escriptures de capítols matrimonials,  
s'utilitzava una fórmula totalment diferent; així, es deia:  
"titulo purae, simples et perfectae donatione" (25) fórmula que,  
en absolut concorda amb el qualificatiu d'ob causam o sub con-  
ditione. L'explicació, que els autors donaven a aquelles parau-  
les que caracteritzaven a l'heretament com donació pura i simple,  
era que no responien en realitat a la veritable causa de la dona

cio, ja que si versemblantment fos així únicament haurien de tenir la causa liberal -mera liberalitat- sense cap matís corrector, per això atribuïen i explicaven aquesta manera de descriure els heretaments per estil dels notaris, que no responia a la seva pròpia natura i, per tant, no s'havia de tenir en compte (26).

Precisada ja d'una manera definitiva -al menys històricament- la veritable configuració de l'heretament com donatio ob causam, hem de veure si això és predicable de tots els tipus d'heretament, és a dir, si es pot aplicar de la mateixa manera a l'heretament que es fa a favor dels contraents com el que fan aquests a favor dels fills que naixeran. En principi no hi ha cap mena de dubte en afirmar que aquesta qualificació es pot aplicar al primer bloc d'heretaments dels dos que hem fet menció (sempre que existeixi un traspàs possessorí, que històricament sempre hi era). El problema neix quan s'intenta d'aplicar als heretaments que es fan a favor dels fills que naixeran, puix que en aquests, malgrat que la vinculació i consideració del matrimoni amb l'heretament sigui evident -només els poden atorgar els contraents-, l'eficàcia de la transmissió i vègència del títol estan qualificades per altres circumstàncies alienes al matrimoni com són: la necessitat de supervivència del beneficiat amb l'heretament; la no transmissibilitat dels béns fins la mort de l'heretant i, finalment, la possibilitat que sigui beneficiat algun fill de segon matrimoni, és a dir, d'un matrimoni diferent d'aquell per causa del qual s'ha atorgat l'heretament (27), així com, en general, la impossibilitat de predicar algun dels requisits que configuren la donatio ob causam.

El matrimoni en aquests heretaments s'entén posat també conditionaliter, de manera que, atorgat l'heretament en capítols matrimonials abans del matrimoni, si aquest no s'arriba a celebrar, quedarà ineficaz, segons havia sentenciat tota la doctrina clàssica i recull l'article 12.

Conformades ambdues categories d'heretaments com a ob causam hem de veure específicament quina és la seva conseqüèn-

cia immediata. Hem avançat, en pàgines anteriors, que si el matrimoni no s'arriba a celebrar, l'heretament serà ineficaç per que l'heretament s'entén posat sub conditione que se celebri el matrimoni (28), i no es tindrà per acomplerta encara que el matrimoni no assorteixi efecte sense culpa d'aquell que estava obligat a complir (sinó, per exemple, perquè la dona que s'havia de casar ho impedís) (29) o també "si facto tertii vel casu, vel alias alioqui modo impediatur matrimonium" (30).

En el cas que el matrimoni s'arribi a celebrar però després aquell es declari nul per causa d'algun impediment de dret que impossibilités de contreure'l, la conseqüència serà la mateixa que en el cas anterior, és a dir, la ineficàcia de l'heretament. L'heretant podrà, en aquest casos reclamar la cosa donada, si ja s'havia lliurat, o bé retenir-la, si encara la tenia en el seu poder (31), ja que no estarà obligat a lliurar-la (32).

El matrimoni, no obstant, no desenvolupa el mateix paper en tot tipus de donacions, ja que en unes acompleix la tasca de fer possible la seva revocació (en el cas que no es contrengui), sense ser, per tant, element del negoci ni entendrés com a condició. Es a les donacions esponsalícies on acompleix aquella funció; aquest el cas, per exemple, l'antic art. 1333 del Codi civil, en el qual s'establia com a causa de revocació: "si el matrimoni no llega a celebrarse". Depenia, doncs, que el donant exercités o no l'acció que li concedia el dit article. Tampoc pel fet que el matrimoni amb posterioritat fos anul·lat, sense haver-hi intervingut mala fe per part de cap del contraent, la donació esponsalícia del dit Codi Civil no quedava ineficaç, sinó que seguia subsistent, cosa que no succeeix als nostres heretaments. Tanmateix, després de la modificació produïda per la llei de 13 de Maig de 1981, a l'actual art. 1342 Cc., la no celebració del matrimoni no implica una causa de revocació sinó que expressament es diu: "Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año". Per altra banda es manté l'eficàcia de la donació quan el matrimoni

fos anul·lat posteriorment sense mala fe per part del conjuge donatari (ampliant-se, a l'actual 1343.2, als supòsits de separació i divorci).

Pel que fa a la Compilació -a les donacions esponsalícies-, el matrimoni també desenvoluparà aquesta mateixa funció: així es recull a l'article 17 in fine quan declara subsistent la donació feta pel culpable de la ruptura del projectat matrimoni. Com veiem, en aquestes donacions, el matrimoni no té la transcendència d'ésser requisit de validesa del negoci, ja que hi ha un altre element que prima per sobre d'ell: la bona o mala fe del donant. En canvi, a l'heretament, igual que el dot, l'aixovar, l'escreix i el tantundem, no es poden entendre sense el matrimoni.

A l'actualitat -normativament- s'ha trencat amb la configuració tradicional de donació, en definir-lo a l'article 63 com a: "...institució contractual d'hereu". Malgrat tot, no aconseguim apartar-se'n del tot, i així podem trobar bastants articles en els quals es manté aquesta vinculació, per exemple l'article 12 "heretament i donació", art. 67 "... i li transmetrà els béns que aquest li hagués donat de present." i sobretot l'article 68 on s'afirma que: "Les donacions universals atorgades en capítols a favor dels contraents produiran efecte d'heretament,...".

Continua, doncs, malgrat tot, potser fins i tot, encara més vinculat -a l'actual regulació- al matrimoni: s'estableix expressament la seva constància en capítols matrimonials, per tant, hem de buscar quina és la funció que apleix aquell.

El matrimoni com a presupòsit ha estat entès en dos sentits: 1er. Com a condició, suspensiva, per a uns, i resolutoria per altres (33). 2on. Com integrat dins de la causa negocial (34). Nosaltres creiem que aquesta doble consideració no es pot sostenir a l'actualitat, en què l'heretament és regulat com institució d'hereu -art. 63-. Es podia sostenir a la regulació anterior quan, per adaptar-lo als principis romans



introduïts per la recepció, rebia el tractament de donació uni  
versal de tots els béns presents i futurs. Els que consideren  
el matrimoni com a condició afirmen que la donació (heretament)  
per si mateixa implica un nego-ci plenament vàlid, però, amb  
l'eficàcia paralitzada (suspensiva) fins al moment de l'acompli-  
ment de la condició; en sentit tècnic seria un element acciden-  
tal del negoci, d'ací que parlin en termes tals com que s'ente-  
nen atorgats "sub conditione" que se celebri el matrimoni. No-  
saltres, no obstant, partim de la seva natura d'element essen-  
cial, precisament perquè, a més dels aspectes successoris que  
s'hi contenen, és també un negoci essencialment familiar, de tal  
manera, que no es pot concebre un heretament desvinculat del fet  
matrimonial. Endemés, no se li poden aplicar, com a conseqüèn-  
cia d'això, totes les normes de les condicions; per exemple: el  
fet que l'heretant impedís, mitjançant qualsevol acte, la cele-  
bració del matrimoni, el no poder-se celebrar, implicaria, per  
si mateix la ineficàcia de l'heretament. Això no seria així si  
estessim davant d'una condició (35).

El problema del tractament del matrimoni des d'el punt  
de vista de la seva operativitat com a causa negocial és més di-  
ficultós. A la normativa actual no es pot parlar de causa de  
l'heretament, ja que, com a un tipus més de successió univer-  
sal -la contractual-, queda esborrada l'existència de causa, car  
no és la liberalitat (inexistent també al testament), ni el ma-  
trimoni, puix aquest, a la nostra manera d'entendre, és un ele-  
ment del tipus negocial. Volem dir amb això que l'heretament  
o si es vol també, perquè així ho admet la Compilació, la dona-  
ció universal de tots els béns presents i futurs, feta capitols  
matrimonials, és un negoci totalment diferent i independent de qual-  
sevol donació, per molt condicionada que estigui.  
Aplicant aquests criteris, intentarem de sistematitzar  
en forma esquemàtica aquests negocis; per això distingirem, a  
efectes de comprensió, diversos moments del negoci d'heretament  
per poder veure així, més clarament la funció del matrimoni.

## 10.1. HERETAMENT A FAVOR DELS CONTRAENTS.

### 10.1.1. Abans de la celebració del matrimoni.

No existeix encara el negoci jurídic d'heretament, sinó només un acord de voluntats que té com a conseqüència la irrevocabilitat -estructura bilateral-. Com es poden estructurar, però, aquells casos en els quals, abans de la celebració hi ha hagut un desplaçament possessor de l'heretat? No es pot configurar com a precari, ja que això implicaria no poder mantenir el principi d'irrevocabilitat també en aquell moment. Si poseís a títol de precari, el donant(heretant), en qualsevol moment podria reclamar els béns lliurats.

Es podria explicar també, quan hi ha avançament de béns, sota la configuració d'una donació esponsalícia. Al nostre entendre això tampoc no es pot mantenir, en tant que, en aquestes, la no celebració comporta la possibilitat de revocació i no la ineficàcia total, tal com ja ha quedat dit anteriorment.

Potser l'explicació estarà en conformar-lo com una possessió de béns condicionada al matrimoni, no acomplerta aquesta, s'ha de reintegrar els béns a l'heretant.

### 10.1.2. Amb la celebració del matrimoni.

L'heretament adquireix valor negocial. S'han acomplert tots els requisits necessaris perquè puguem dir que hi ha heretament. El títol d'heretat desplega part de la seva eficàcia <sup>adquisitiva</sup> -sempre que no sigui un heretament simple.

Amb el matrimoni apareix també el títol d'hereu, però sense poder-se exercitar, ja que no es pot dir hereu del que viu,



sinó després de la mort de l'heretant. Es per això que si l'heretant -en aquest heretaments- "transmetrà als seus fills, siguin o no siguin del matrimoni en consideració del qual hom hagi atorgat l'heretament, i en la manera i forma en què siguin els seus hereus el seu dret o qualitat d'hereu contractual". (Art. 79.1).

Aquesta transmissió als fills de l'hereu premort que a la vegada siguin els seus hereus, deriva no d'un ius delationis, ja que a l'heretament les etapes de l'adquisició de l'herència no es produeixen de la mateixa manera que al testament (36), en tot cas, es pot arribar a afirmar que es produiran en el mateix moment d'atorgament dels Capítols Matrimonials, partint, com hem dit, que no es podrà distingir entre vocació, delació i acceptació, les quals es confonen dins d'aquest últim acte d'acceptació -a no ser que es tractessin com etapes successives del 1262 del C.c. (oferta = vocació-delació i la acceptació)-, sinó que el que es transmet és la qualitat d'hereu ja consolidada -art. 79-, mancant únicament l'obertura de la successió que, en aquest cas, no serà requisit perquè es puguin donar les altres etapes de l'adquisició de l'herència, sinó que suposarà l'adquisició immediata dels béns.

Sobre aquesta qüestió de la transmissió de la qualitat d'hereu als fills de l'heretat que ha premort a l'heretant es poden plantejar dues qüestions: 1) Si l'hereu pot repudiar aquesta qualitat que se li ha transmès, o bé queda vinculat pel caràcter irrevocable de l'heretament, i 2) En el cas d'acceptar, si ocupa el lloc del seu causant en totes les relacions derivades de l'heretament.

Respecte del primer punt, s'ha d'afirmar que l'hereu, per a poder repudiar la qualitat d'hereu que ostentava l'heretat i que li ha estat transmesa, ho ha de fer en la globalitat de l'herència, ja que aquella qualitat forma part d'ella com un dret més del patrimoni del causant, i en conseqüència no la podrà repudiar separadament.

El segon punt ofereix més complicacions, especialment pel que fa al pacte d'unitat econòmica familiar recollit a l'artículo 71. Quan el fill hereu, que ha entrat en lloc de l'heretat premort ho era del matrimoni per raó del qual s'havia atorgat l'heretament, quedarà sotmès, també, al referit pacte de l'art. 71 i més, si tenim en compte que abans ja hi era vinculat "... l'heretant, l'hereu, i llurs esposes respectives i fills comuns contreuen l'obligació d'unir llurs esforços sota la direcció i lliure administració del primer...", no obstant, en el cas que l'heretat hagi contret noves noces i hagi tingut descendència no està tan clar, encara que, atenent a la pròpia raó de ser dels heretaments, a més que la successió universal implica tant l'adquisició dels drets com de les obligacions aquest fill estarà vinculat també pel pacte d'unitat econòmica familiar.

#### 10.1.3. Amb la mort de l'heretant.

Amb aquesta es desenvolpa, ja completament, amb tota la seva eficàcia, el títol d'hereu -sobre la successió amb la consegüent adquisició dels béns futurs- donat que l'acceptació ja s'ha produït en vida de l'heretant, justament en el primer moment dels assenyalats per nosaltres, bé que s'admeti que pugui fer ús del benefici d'inventari (art. 72).

Per tant, podem concloure, almenys pel que fa als heretaments que es fan a favor dels contraents, el matrimoni és element essencial -part integrant del tipus- i que si no s'arriba a celebrar no haurà existit mai heretament.

#### 10.1.4. Termini de caducitat de l'heretament.

El problema que es pot plantejar, respecte de l'afirmació que l'heretament serà ineficàç si el matrimoni no s'arriba ce-

lebrar, és: atorgat l'heretament, quant de temps haurà de passar per dir que l'heretant no queda vinculat, o, dit en altres paraules, quant pot durar la pendència en la celebració del matrimoni? Sobre aquest punt no se n'ha vien ocupat els tractadistes clàssics, ni tampoc ho fa la Compilació (37). Nosaltres entenem, no obstant, que el pe període de vigència serà, precisament mentre duri la certesa, i si bé els edictes o les proclamen matrimonials en són un indicatiu, aquest no és exclusiu. Aquesta certesa està íntimament vinculada amb la interrelació existent entre negoci jurídic i el seu pressupòsit; lògicament, aquesta interrelació no existirà quan un dels futurs contraents s'hagi casat amb una altra persona; en canvi, a contrari, es podria donar el cas que l'heretament es pogués mantenir durant un temps bastant substancial.

A partir de la reforma del Codi civil, del mes de maig del 1981, disposem d'una norma, que referida a les donacions per causa de matrimoni en aquell ordenament, estableix el termini d'un any, passat el qual quedaran sense efecte (art. 1342). A pesar de la diferent naturalesa d'aquestes donacions en relació als heretaments, espodria arribar a admetre la seva aplicació.

#### 10.2. HERETAMENT A FAVOR DELS FILLS QUE NAIXERAN.

Intentarem de veure si allò que hem dit pels heretaments a favor dels contraents és aplicable també als heretaments a favor dels fills que naixeran. Distingint, també, a aquests efectes entre els diversos moments:

### 10.2.1. Abans del matrimoni.

No hi ha negoci. No hi ha tampoc acord de voluntats, malgrat que al dret anterior es pogués estructurar com acord de voluntats des del moment en què s'afirmava que el notari era la persona que acceptava pel fill que havia de néixer, ja que no era permesa la donació a persones futures.

En principi com que aquests tipus d'heretaments no són produïts d'un acord de voluntats, s'haurien pogut estructurar perfectament com a revocables, però. això no ha estat així. Històricament, en configurar tots els tipus d'heretament com a donació s'havia creat la ficció que en el moment de l'atorgament l'acte era bilateral, ja que el notari era qui acceptava en lloc del donatari no nat.

Endemés de la concatenació dels heretaments a favor dels fills que naixeran amb aquells que es fan als contraents de manera que suposen un segon pas en la continuació del patrimoni familiar. Així hom podrà veure, fins i tot, a l'actual Compilació un residu d'aquesta concatenació entre aquestes dues menes d'heretament. Efectivament a l'article 73.3, en donar la regulació de quan l'heretant mor sen se haver conegut les causes d'indignitat ens diu: "... aquest quedarà sense efecte respecte del fill indigne, però subsistirà a favor dels seus fills o descendents en la forma ordenada al mateix heretament, o, en defecte seu, pel que preveu l'heretament pur o preventiu ordenat per l'hereu indigne...". Es per això, que, malgrat ésser un acte unilateral, es mantenen com a irrevocables tot i que, com hem vist, originàriament la font d'aquesta irrevocabilitat havia estat un mecanisme fictici -la acceptació del notari- i suara té una sanció legal.

No és obstacle a aquesta afirmació, l'art. 87.3, quan diu que "l'heretant podrà revocar els heretaments purs i prelatius per les causes i de la manera establerta per la desheretació llegitimària", possibilitat que, encara que de

manera més restringida, també existeix en els heretaments a favor dels contraents (art. 73).

L'heretament preventiu queda, no obstant, com a revocable, precisament perquè la seva única finalitat és d'evitar la successió intestada, essent la no admisibilitat de poder'se revocar per un heretament del mateix tipus (art. 90.1.), una única limitació a la revocació d'aquests. El matrimoni del qual es parla en els heretaments a favor dels fills dels contraents és el de l'heretant, no obstant això serà irrevocable.

#### 10.2.2. Amb el matrimoni.

L'heretament adquireix valor negocial i es manté la irrevocabilitat, admetent, malgrat tot la possibilitat de deixar-lo sense efecte (la Compilació en diu revocar) en aquells supòsits previstos per la desheretació l·legitimària. El fill encara que ja hagi nascut no té la condició d'hereu en el mateix sentit que afirmavem pel altres heretaments -cumulatiu i mixt-. Hi ha designació però no hi ha vocació ni delació, les quals es produiran en el mateix moment de la mort. La designació es "in genere" en el mateix instrument i endemés està condicionat a què sobrevisqui.

#### 10.2.3. Amb la mort.

Es necessària la supervivència del fill heretat, de no ser així aquest heretament no produirà cap efecte (art. 86). Com hem dit: Apertura, Vocació, Delació, Acceptació, són igual que al testament.

Tot i la supervivència del fill, es fa necessària, també, l'acceptació ja que, contràriament als heretaments a favor



dels contraent, no s'havia pogut produir en un primer moment (Argument ex. art. 82.2). No hi ha dubte, aquí, que el títol d'hereu -en aquests heretaments- neix amb l'acceptació.

Per a completar aquest estudi analític hem de veure també -dins d'aquests heretaments- si s'acompleix als preventius. En aquests veiem que hi ha una total dependència del fet que s'hagi instituït o no un altre hereu, tant testamentari com en un altre heretament. Es un mitjà substitutori, és a dir, preveu la possible mort "ab intestato". Es per això que se li apliquen les normes pròpies de la successió testamentària. El matrimoni juga aquí el paper de donar existència a l'heretament; és evident que si el matrimoni no s'arriba a celebrar mai, hi haurà hagut heretament, però, havent-se celebrat el matrimoni, l'eficàcia de l'heretament, a més del requisit de supervivència, serà necessària una altra circumstància, com és no haver atorgat una altra disposició successòria.

### 10.3. CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI I INEFICÀCIA POSTERIOR.

Hem de ressenyar que si bé l'article 12 ubica en un mateix calaix com a supòsit d'ineficàcia de l'heretament la no celebració, la declaració de nul·litat del matrimoni ja celebrat i la dispensa de matrimoni no consumat, és evident que tots aquests casos tenen una conformació molt diferent.

Al matrimoni declarat nul, almenys s'ha creat l'aparença, durant un període determinat de temps, d'un matrimoni existent, malgrat això, la Compilació el sanciona com si mai hagués arribat a celebrar-se. Més dificultós és el cas d'haver obtingut la dispensa de matrimoni no consumat, ja que aquí estem davant



d'un matrimoni realment vàlid, el qual en un determinat moment queda sense efecte. La Compilació, en aquest cas, partint de la concepció de l'heretament com a negoci essencialment familiar, manté el criteri també d'entendre'l ineficaç sota el mateix prisma que els dos supòsits anteriors.

Què succeirà amb la dissolució civil del matrimoni pel divorci? Aquesta circumstància no havia estat prevista pels redactors de la Compilació de 1960; no obstant, a l'actual modificació del C.c. (art. 85), es diu: "El matrimonio se disuelve... por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio". Davant d'això hom estroba amb el següent dilema: 1) O bé el divorci s'assimila a la mort i, per tant, l'heretament segueix subsistent amb plena validesa, o 2) S'assimila a la nul.litat o amb més concreció, a la dispensa de matrimoni no consumat i llavors l'hem de considerar -l'heretament' ineficaç interpretant extensivament els principis que semblen inspirar l'article 12 de la compilació.

En resum, seguint aquest criteri, es pot afirmar que tota resolució del matrimoni que no sigui per causa de la mort, comporta l'ineficàcia de l'heretament. Per tant, no creiem possible l'aplicació de l'actual art. 1343 del C.c. que basa la revocabilitat, o no, de les donacions per raó de matrimoni, als casos de separació i divorci, segons si al donatari (en el nostre cas heretant) li fossin imputables, segons la sentència, els fets que causaren la dita separació o divorci. Recordem que, ja en un altre apartat, havíem assenyalat el diferent paper que acumulia el matrimoni en aquelles donacions i en els nostres heretaments (38).

## 11. L'HERETAMENT S'HA DE FER EN CAPÍTOLS MATRIMONIALS

Aquesta vinculació tan estreta de l'heretament amb el matrimoni comporta l'exigència d'un requisit de caràcter formal -ad solemnitatem- sense el qual no hi haurà heretament: "... solament es podrà atorgar en capítols matrimonials..." (art. 63).

Malgrat que tradicionalment s'hagi seguit aquest criteri, de forma excepcional trobem algun cas que s'aparta d'aquesta regla. Un d'ells n'és el recollit en una sentència de la Reial Audiència, essent referent Antoni Oliba, el 5 de setembre del 1591, on s'admet la validesa de l'heretament atorgat no en Capítols Matrimonials sinó molt després, en un altre instrument (39). A primera vista sembla que l'admissió d'aquesta possibilitat vagi en contra, precisament, de la interrelació heretament/matrimoni, de la qual hem estat parlant fins ara, i de fet no és així. Precisament és força interessant la justificació que utilitza Oliba de vers aquesta conclusió declarant: "quod inter partes in contractu matrimoni fuerat tractatum licet non scriptum, his verbis, fas donatio y heretament als fills del present matrimoni" (40). Per tant, el que succeïa era que l'Audiència per mitjà, en aquest cas, d'Antoni Oliba, admetia la no necessitat que el pacte d'heretament constés de manera expressa en Capítols matrimonials, podent-se deduir l'existència d'aquell pacte en virtut d'una interpretació derivada del costum ja que, normalment, en tots els instruments nupcials es pactaven aquests tipus d'heretaments. En el cas que estem examinant, amb posterioritat, en un altre instrument, va tenir forma escrita. Cal fer notar, però, que estem davant d'un heretament atorgat a favor dels fills que naixeran i no pas d'un heretament a favor dels contraents; conseqüentment el paper que desenvolupa el matrimoni

no és el mateix que en aquell, precisament perquè el subjecte atorgant del negoci no és la mateixa persona: a l'heretament a favor dels contraents és el pare d'aquest o bé un extrany, en canvi, als heretaments fets a favor dels fills que naixeran, l'atorgant és el propi contraent.

Aquesta possibilitat oberta per la Sentència de l'any 1591 comportava el risc que si l'heretament no constava en capítols Matrimonials fos atacat de falsedat o de frau. Aquesta era l'opinió de Jaume Cancer en dir que les donacions fetes després dels pactes dotals tenen contra si la presunció de falsedat ja que, clarament, en elles s'evidencia -segons ell- que el donant no tenia intenció de donar els seus béns inter vivos als fills que naixessin del matrimoni, ja que si realment fos així, aquesta donació l'haguessin feta en capítols matrimonials, que és el temps en el qual comunment se solen fer aquest tipus de donacions o heretaments si els contraents realment tenen aquesta voluntat (41).

La qüestió de la necessitat que els heretaments constessin en Capítols podia haver estat discutida abans de la promulgació de la Compilació (42), sigui com sigui, després de la Compilació no es pot admetre com a vàlid un heretament atorgat fora de Capítols Matrimonials (art. 63.1 en relació a l'article 7) (43).

La manca d'aquest requisit de caràcter substancial -el qual no és més que producte del caràcter familiar de l'heretament i de la seva vinculació al matrimoni- tindrà com a conseqüència la nul·litat de l'heretament encara que el matrimoni ja s'hagi celebrat. Efectivament, la norma que estableix aquest requisit és una norma de caràcter imperatiu i per tant la seva infracció comportarà la nul·litat de l'acte (art. 6 C.c.).

Caldrà diferenciar quines són les conseqüències de l'heretament atorgat fora de Capítols d'aquells que tot i havent estat atorgat a ells, el matrimoni no s'ha arribat a celebrar. En

aquest últim cas seguint l'opinió de configurar-lo com a element del tipus negocial, no hi havia heretament. En canvi, en el cas que ens ocupa, no és que manqui un element del tipus sinó que hi ha una sanció per l'incumpliment d'una norma imperativa. Es evident que s'ha de cercar quin és el seu àmbit, ja que hi ha heretaments que van acompanyats d'un traspàs possessori "inter vivos". Efectivament, no hi ha cap dificultat en assenyalar que als heretaments simples, havent-hi només una institució d'hereu, aquesta serà nul·la i l'heretant podrà atorgar un altre heretament amb el requisits formals necessaris o també un testament posterior, plenament eficaços. El problema es podria plantejar de manera diferent quan es tracta dels heretaments cumulatiu i mixt: en aquests casos es podria arribar a admetre -sobretot al mixt, i no afirmem que sigui així-, la possibilitat de predicar la nul·litat només de la institució d'hereu i no de la transmissió dels béns de present (44). La realitat és que la pròpia essència de l'heretament impideix aquesta possibilitat.

El primer element distorsionador és, sens dubte, la utilització, al nostre ordenament jurídic actual, de termes que poden induir a confusió, per exemple: heretament simple, heretament cumulatiu o complex, i heretament mixt, com donant a entendre que estem davant negocis d'aquest tipus -simples, complexos i mixtos-. Als precedents intentents de redacció d'un cos sistemàtic i unitari de Dret Català, únicament surten les expressions complex i mixt al Projecte de Compilació i, fins i tot, és ignorat a l'Avant-projecte de 1952, lògicament, perquè aquest era una reproducció quasi literal de l'articulat de la Memòria de Duran i Bas (45). La introducció doctrinal d'aquestes categories sembla deure's a Roca Satre (46), el qual ja l'any 1942 parlava d'heretament "simple, complejo o impropiu i mixto" (47).

La utilització d'aquesta terminologia respon, al nostre entendre, a partir de la base que l'heretament proptotipus ho és el simple; és a dir, aquell que únicament atribueix



la qualitat d'hereu sense transmetre res de present -reco<sub>l</sub>lit a l'art. 75-, essent sobre aquest on es fa girar tota la construcció de la resta d'heretaments ( 48 ), quan tradi<sub>c</sub>ionalment, al nostre dret, això no havia estat entès així, ans al contrari, el tipus comú i, fins i tot, podríem dir exclusiu d'heretament a favor dels contraents ho era aquell que comportava una atribució patrimonial de tots els béns presents i futurs. Es aquest el motiu pel qual aquells autors van poder-lo configurar com una donació universal ( 49 ).

Ja Porcio les l'any 1934 havia introduït la categoria d'heretament estricte, en base, al nostre entendre errònia, a configurar dins d'aquests tipus tots aquells heretaments en els quals no hi havia reserva de disposar ( 50 ).

No resulta tampoc convincent l'afirmació que havien fet alguns autors d'admetre com categoria tradicional d'heretament, sota la configuració de donació dels béns que l'heretant deixi al temps de la seva mort ( 51 ), és a dir, de manera que el donant continués essent propietari dels béns. La raó d'aquesta no convicència ve determinada perquè tradicionalment la menció de la mort únicament havia estat interpretada en el sentit d'entendre-la com a forma tàcita de reserva d'usdefruit ( 52 ), implicant, doncs, una transmissió de la nova propietat "inter vivos" i la consolidació de l'usdefruit amb la propietat deferida al moment de la mort de l'heretant ( 53 ).

L'estructuració d'aquestes diverses classes d'heretaments a favor dels contraents, prenen per base la possibilitat d'institució d'hereu (solament), ja que el fet que s'utilitzi la terminologia Heretament complex, i Heretament mixt, com si fossin negocis jurídics atípics ( 54 ) no té conseqüències especials, perquè, sigui com sigui, el lliurament de béns (certs o amb caràcter universal) és com un avançament de l'eficàcia del títol d'hereu, precisament perquè complementa la garantia que suposa per a l'heretat la irrevocabilitat.

Aquest, per aquest motiu, assumeix l'obligació d'aportar el seu esforç sota la direcció i lliure administració de l'heretant; per tant, no haver atorgat l'heretament en capítols matrimonials, implicarà, a més de la nul·litat de la institució d'hereu, la del lliurament que s'hagi fet dels béns presents, puix que no es comprèn l'una sense l'altra, fora que expressament es denvinculi de la institució d'hereu, de manera que llavors possi a ser una donació singular de les recollides en l'artícl. 68.3, les quals encara que tinguin una causa matrimoni, no és necessari que s'atorguin en escriptura de Capítols matrimonials, ni tampoc el matrimoni juga un paper de tanta transcendència com als heretaments.

Potser el criteri fonamental que trancaria amb la construcció dels heretaments en torn del simple és a l'art 68.2, on, precisament, prescindint que a l'escriptura de Capítols Matrimonials s'utilitzi el mot heretament, s'entendrà que s'està davant d'un heretament quan hi hagi una donació universal de tots els béns presents i futurs, encara que hi hagi exclusió de coses concretes; precisament perquè el típic de la institució contractual d'hereu a Catalunya havia estat conformar-la a través de donació universal, amb la ficció, com ja veurem, de la reserva per a testar.

Cal, però, fer esment que quan es tracta d'un heretament a favor dels fills que naixeran, concretament a l'heretament pur, s'estableix a l'art. 88 que "... quedarà instituït hereu el fill que visqui en morir l'heretant i que aquest hagi designat en heretament o testament complementari." La qüestió que aquí es planteja és determinar si aquesta designació en heretament complementari ha de ser també en capítols matrimonials o és suficient una simple escriptura de designació d'hereu, lògicament sense cap consideració al nou matrimoni, ja que pot ser que el fill es casi o no i això no influirà en res. La resposta podria ser afirmativa abans de la Compilació, tot argumentant que aquesta designació té les seves arrels



als Capítols atorgats per raó del matrimoni anterior. Puig i Ferriol parteix, no obstant, de la base que la designació d'hereu entre els fills de l'heretant, es fa en una heretament a favor de qualsevol dels fills quan contreu matrimoni (55), interpretant el mot heretament en el seu sentit propi, vinculació al matrimoni i consegüentment atorgament en Capítols Matrimonials.

Aquesta afirmació porta com a conseqüència que l'heretant únicament podrà elegir irrevocablement el fill en el cas que aquest contregui matrimoni, d'altra manera, si el fill no té intenció de casar-se haurà d'acudir al testament que és essencialment revocable, això implicaria que l'heretant una vegada s'hagi assabentat de les qualitats i aptituds -circumstàncies que permeten, en definitiva, efectuar ja amb moltes més probabilitats d'encertar, l'elecció del successor- no el pugui vincular a la unitat familiar per mitjà de la garantia que suposa saber irrefutablement que aquest fill serà l'hereu. Al nostre entendre, però, per aconseguir la irrevocabilitat de la designació no hi ha res que impideixi que, en els mateixos Capítols matrimonials, el pare modifiqui l'abstracció que suposa l'heretament a favor d'una persona que no se sap qui serà, per la concreció en un elegit, facultat que, tornem a repetir, no queda exclosa de l'art. 9. En definitiva, el matrimoni legitimador és el primer i no pas el del fill. Fins i tot d'una interpretació sistemàtica de l'art. 88 en relació amb el 73 i 79, podem arribar a la conclusió que és possible la designació en una escriptura pública que no sigui Capítols Matrimonials: efectivament, l'art 73 permet a l'heretant -heretament a favor dels contraents-, quan l'hereu incorreixi en algunes de les causes d'indignitat, de revocar l'heretament, no obstant, si existissin fills del matrimoni en consideració al qual es va fer l'heretament, o descendents, l'heretament subsistirà a favor d'aquests fills o descendents. El pare heretant pot triar el nou hereu en escriptura pública irrevoca-

ble o en testament. El mateix principi aplica l'art. 79 quan l'hereu premor l'heretant sense haver fet testament, deixant varis fills hereus; pot triar l'heretant en escriptura pública irrevocable o en testament a un d'aquests fills o descendents.

Per tant, aplicant el mateix criteri que presideix els arts. 73 i 79 tindrem que l'elecció, en els heretaments a favor dels fills dels contraents es pot realitzar en escriptura pública, amb molta més raó, ja que si ell no ho fa el cónjuge sobrevivent té la triple via de l'heretament, escriptura o testament dels arts. 115 2a. i 116.4.

Es interessant, pel seu significat, fer ressaltar la Sentència de Tribunal Superior de la Mitra per al Principat d'Andorra de 9 de maig de 1975, essent ponent Lluís Puig Ferriol. En ella es planteja la validesa d'un heretament contractat l'any 1959 en una escriptura que no era de Capítols matrimonials (56). Aquí es parteix del principi que en matèria de Negocis Jurídics per causa de Mort, els particulars sols poden expressar llur voluntat en un negoci que correspongui a qualsevol dels tipus que ofereix la llei, ja que la tipicitat és aquí en relació amb el caràcter solemne o formal dels negocis per causa de mort (57). Això va portar a què fos declarada la nul·litat de l'heretament. Malgrat el resultat final de la Sentència i tot i que el Tribunal no admetés l'existència al Principat d'Andorra (58) d'un costum que sancionés la validesa de la institució contractual d'hereu fora de Capítols Matrimonials, almenys es podia detectar -creiem- l'existència d'un cert nombre d'heretaments atorgats fora de Capítols (59).

En conseqüència, doncs, pel que fa al dret català és taxatiu, l'art. 63, quan diu que l'heretament únicament es podrà atorgar en Capítols Matrimonials, entenent-se el mot atorgar en el sentit que ha d'ésser expressament, no sent, per tant, possible l'admissibilitat d'un pacte tàcit contràriament

al que havia fet la Sentència de la Real Audiència de 1591. Si no s'acompleix aquesta solemnitat implicarà la nul·litat de tot l'acte i no solament de la institució d'hereu.

## 12. CAPACITAT PER ATORGAR HERETAMENTS, I CAPACITAT PER CONTREURE MATRIMONI.

La vinculació de l'heretament amb el matrimoni es posa de manifest, també, pel fet que la capacitat per a ésser heretant és la mateixa que s'exigeix per contreure matrimoni "habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia" (60). Aquesta és l'afirmació que, amb categoria de principi general, fa l'article 63.3. No obstant, matitza seguidament, això no se rà així als heretaments a favor dels contraents ni en els mutuels. Per què? A l'heretament a favor dels contraents l'expli cació podria estar en que es preveu el supòsit d'un lliurament de béns de present, per tant aplicació de requisits de capacitat molt més estrictes malgrat tot, a l'art. 63.3, no es dis tingeix entre l'heretament simple i els demés. Al mutual, però, tampoc no hi ha lliurament de béns de present i en canvi també se li apliquen aquestes normes de capacitat.

Tanmateix, de la pròpia regulació de l'art. 63.3 es desprèn que no es requereix la mateixa capacitat per ésser heretat com per ésser heretant. En efecte, contra el criteri de Puig i Ferriol (61), que afirma que la capacitat per a contra ctar i obligarse, a la qual es refereix dit article, s'ha d'exigir per un igual a l'heretant i a l'heretat, nosaltres opinem que ambdues capacitats no són les mateixes. En aquest sentit distingirem entre ambdós subjectes intervinents i entre la cla sse d'heretament:

L'HERETANT: L'única capacitat que la Compilació regula directament és la de l'heretant, tot distingint entre les diverses classes d'heretaments:

a) Heretament a favor dels contraents.

L'art. 63 ens diu que "per a poder ordenar heretament a favor dels contraents... caldrà la capacitat per a contractar i obligar-se". Lògicament aquesta expressió ordenar, només és aplicable a l'heretant i no pas a l'heretat.

b) Heretament mutual.

En aquest cas la frase utilitzada és: "convenir heretament mutual" ja que en tenir un caràcter recíproc (ambdós són heretants i heretats al mateix temps) els hi aplica la capacitat per a obligarse i contractar.

Hem de tenir en compte, però, que la capacitat (contractar i obligar-se) de l'article que ens ocupa no és la mateixa que s'exigeix al donant a les donacions en general (art. 624 C.c.), perquè en aquestes, a més, s'exigeix el poder de disposició. Aquest requisit no tindria sentit a la nostra institució, ja que els heretaments afecten a béns futurs, els quals, lògicament, encara no estan en poder de l'heretant.

c) Heretament a favor dels fills dels contraents.

Partint de que produeixen un desplaçament patrimonial inter vivos, ni una limitació del poder de disposició (la qual cosa, com veurem, no es corregeix quan es tracte d'heretaments purs), la Compilació aplica la regla general "podran atorgar heretaments els qui tinguin la capacitat per a contreure matrimoni".

L'HERETAT: En contemplar-lo únicament com un beneficiari, si guí l'heretament que sigui, la capacitat per a prestar el seu consentiment serà la de contreure matrimoni. Valen aquí les argumentacions apuntades en parlar de la capacitat de l'here tant en els heretaments a favor dels contraents i mutuels (per exclusió).

### 13. FERMESA DE L'HERETAMENT.

#### 13.1. Irrevocabilitat a les donacions en general.

Partint que l'heretament, com hem dit moltes vegades, ha estat configurat tradicionalment com a donació, analitzarem, encara que breument, el règim d'eficàcia d'aquestes.

A les donacions, quan ha intervingut l'acceptació del donatari és el moment a partir del qual esdevenen irrevocables. Per això, la donació feta a l'absent, mentre no és acceptada, és susceptible d'ésser revocada (62). Principi admès per tots els tractadistes del dret comú (63).

L'acceptació no era necessària quan el donatari ja pos seña la cosa o béns donats -traditio brevi manu- (64). Sembla deduir-se d'això que, més que l'acceptació, el que fa la donació irrevocable és la tradició, tant l'autèntica com la fingida (65). En tot cas la tradició funcionaria com substitut de l'acceptació. En aquest sentit Jaume Cancer ens parla de dues maneres de fer irrevocable la donació (66):

Primer. Per la simple convenció.

Segon. Per la tradició, tenint en compte que no és necessària una tradició real perquè es pugui dir perfecta la dona



ció, sinó que és suficient que sigui feta per actes ficticis, com podria ser el "constitutum", que era una clàusula veritablement translatícia del domini i de la possessió; també per la retenció de l'usdefruit de les coses donades. En definitiva, aquest autor també ho reconduïx a l'acceptació, quan diu: "praesumitur acceptatio donationis eo ipse quod donatarius possidet rem donatam, vel eius partem" (67). Admet també l'atribució d'un valor positiu al silenci quan el donatari, essent present, no manifesti la seva voluntat, ja que de la presència i el silenci s'ha d'induir un tàcit coneixement de la donació (68). Finalment, en matèria de donacions, cal destacar la importància que tindrà-en relació als heretaments fets als fills i als seus- el pacte posat en la donació a favor d'un tercer. En aquest cas, l'opinió era la seva revocabilitat, a no ser que el notari o una altra persona hagués estipulat pel tercer absent (69).

### 13.2. Als heretaments.

En principi, tot allò que hem dit sobre les donacions, també és predicable per als heretaments a favor dels contraents, oi més quan aquests rebien el tractament d'una donació universal. Actualment, però, al prendre's com a base l'heretament simple i atorgar-li expressament la natura d'institució d'hereu, la irrevocabilitat no únicament es limita<sup>a</sup> la transmissió de béns de present sinó que comprèn l'institució d'hereu. Fins i tot, a l'heretament simple, en no haver'hi aquesta transmissió, sols es podrà parlar d'institució d'hereu irrevocable.

No obstant, als heretaments a favor dels fills dels contraents intervé una altra circumstància: normalment els beneficiaris encara no han nascut, o fins i tot, no han estat

concebuts. Aquest supòsit ultrapassa la categoria de donació entre absents ja que és una donació a una persona que encara no existeix. Per a resoldre aquest punt i aconseguir, per tant, que aquests tipus d'heretament restessin irrevocables, era utilitzada la ficció en què el Notari acceptava la donació en nom dels futurs fills (70). Aquesta possibilitat quedarà expressament prohibida a partir de la llei del NOTARIAT de 28 de Maig de 1862. Per tant, estem aquí davant d'un Negoci unilateral irrevocable que no respondrà, doncs, al caràcter de contractual, de l'article 63.

Acceptat aquest principi, podríem dir que als heretaments, configurats per la doctrina clàssica com a donació per causa de matrimoni, en ser inter vivos, amb l'acceptació n'hi ha prou perquè no es puguin revocar. No obstant, juga en aquests, l'especial circumstància que són fets en consideració de matrimoni. Per tant, cal que ens preguntem quin és el paper que desenvolupa el matrimoni respecte de la irrevocabilitat? Aquesta qüestió cal entendre-la en dos sentits:

- 1a Necessiten acceptació? S'assimilen a les donacions esponsalícies?
- 2a Supressió de les justes causes de revocació. Augment de l'àmbit d'irrevocabilitat.

1a) Si s'establís un paral·lelisme entre donacions propter nuptias i els heretaments, hauríem d'afirmar que no és necessària l'acceptació perquè es puguin dir irrevocables en el sentit que ho recull l'art. 18, utilitzant l'expressió "ni cal l'acceptació per a llur validesa" (71). Encara que, tradicionalment, estructurada la donació com un contracte, a les donacions per causa de matrimoni el que s'admetia no és que quedin irrevocables sense acceptació, sinó la possibilitat que l'acceptació es pugui realitzar de forma tàcita sense que hi hagi constància d'ella a l'escriptura de donació, essent suficient la sola presència del donatari.

La qüestió que, després de tot això, se'ns planteja és determinar si l'heretament és necessita l'acceptació o rep el mateix tractament que la Compilació atorga a les donacions esponsalícies a l'art. 18. De primer cop d'ull, partint que estem davant d'una institució d'hereu -contractual- (art. 63 i 97), el mateix concepte de contracte ens porta a analitzar la seva estructura com un acord de voluntats i, per tant, serà necessària la seva acceptació perquè es pugui parlar d'heretament com a institució contractual d'hereu, de la mateixa manera que ho era quan es parlava de donació universal, encara que la Compilació no faci referència expressa a la dita acceptació. Partint, doncs, d'aquesta premissa, ens queden dos obstacles per apoder seguir-la mantenint:

Primer: L'article 74, al qual s'estableix la possibilitat que l'heretant, amb l'aquiescència de les persones necessàries per a la modificació dels capítols -tret de l'hereu-, o en el seu cas, dels fills que el substitueixin, podrà, quan al seu parer ho cregui necessari, segons la conducta de l'hereu, imposar, en qualsevol temps i mitjançant escriptura pública, limitacions, prohibicions de disposar, fideicomissos, pactes reversionals i, àdhuc, designar administrador dels béns heretats. Aquest és un supòsit en el qual es permet a l'heretant modificar l'heretament en perjudici de l'hereu, bé que no el faculta per arribar a l'extrem de deixar-lo totalment sense contingut. És trencar amb la regla de l'art. 9.1. al qual s'estableix que els capítols matrimonials solament podran ser modificats o deixats sense efecte -si no s'ha previst una altra cosa- per acord unànim, solemnitzat en escriptura pública, d'aquells que haguessin concorregut a llur atorgament (72). Alguns autors han basat la possibilitat que atorga aquest article en un fons moral, partint, segurament, del principi que l'heretament és un acte liberal i vinculant-lo a les causes d'indignitat successòria que no tenen una entitat suficient per a constituir excepcions al principi general d'irrevocabilitat (73).

La nostra opinió és que aquest article no suposa tan una excepció a la regla general del 9.1, sinó una aplicació de la indignitat successòria recollida en l'art. 73 i que porta com a conseqüència que, si l'hereu incorreix en alguna de les causes d'indignitat -les 2a i 3a de l'art. 756 del C.c.-, l'heretant podrà revocar l'heretament. A l'art. 74 aquesta possibilitat ho és d'una manera més restringida, reduint-se a la possibilitat d'imposar limitacions, prohibicions, etc. Serien, doncs, unes causes de revocació de categoria menor i que, per tant, no condueixen a la revocació pròpiament dita, sinó a les limitacions suara esmentades. La pròpia sistemàtica de la Compilació abona aquesta interpretació, en posar aquestes causes menors -conducta- després de les causes d'indignitat (art. 73 i 74 respectivament). La conducta incorrecta no s'haurà de mirar únicament i exclusiva respecte de la persona de l'heretant sinó que es podrà referir a d'altres membres de la família o al patrimoni, de manera similar a com ho fa el BGB. § 2289 en relació amb el 2338 (74).

Segon: Més complicat resulta explicar la promesa d'heretar de la que ens parla l'art. 67, ja que estem davant d'un acte unilateral que és irrevocable. La compilació atorga a aquesta promesa la força d'heretament. Sembla, doncs, que es trenqui la regla fins aquí dita -que la irrevocabilitat ve donada per l'acceptació.

Històricament, si bé era unànim afirmar que la promesa d'heretar s'anivella amb l'heretament, en ocasions, hom no es refereix als mateixos supòsits: per exemple, Mieres (75) es pregunta si quan el pare -com molt sovint es feia-, als capítols matrimonials, utilitzava el mot heretarà (futur), valia com si en temps de present digués Haeredito vel dono. La resposta d'aquest autor és afirmativa, tot justificant que això era per evitar el circuit, ja que els verbs de futur s'utilitzen, normalment, perquè els heretaments es realitzen abans de



celebrar-se el matrimoni. Sembla, doncs, que Miereſ s'estigui referint únicament a la dilació entre el moment de celebració del matrimoni i l'eficàcia de l'heretament. No té relació amb la promesa d'heretar en el sentit que a nosaltres ens ocupa. Fins i tot únicament utilitza verbs de futur i no pas el mot prometre. En el sentit que hi dona aquest autor tindríem, doncs, que suspensivament queda paralitzada l'entrega dels béns presents al moment en què realment s'arribi a celebrar el matrimoni.

En un altre aspecte, quan es parla concretament de promesa d'heretar, els autors la refereixen normalment als heretaments que es feien a favor dels fills que havien de néixer. D'aquesta manera Cancer (76) interpreta la clàusula "promet que heretará ab testament o donatio entre vius de sos béns los fills o fill mascle d'aquest present matrimoni". En efecte, dit heretament l'entén fet en temps del contracte de matrimoni i les paraules "inter vivos" o "en testament" no alteren de cap manera la substància de la promesa, ja que, únicament, contempen la mera execució del pacte. Peguera analitza, també (77) una fórmula d'heretament a favor dels fills que naixeran: "iurat atque promittit, quod haereditabit filium vel filiam ex praesenti matrimonio procedentem". Respecte d'aquesta qüestió, Josep Ramon matitzà que perquè la promesa d'heretar sigui heretament es fa necessari que la paraula "promitto" consti en escriptura pública, perquè, en aquest cas, comporta estipulació; la qual cosa no succeeix quan és feta en escriptura privada (78). En conseqüència, doncs, per aquest últim autor, la promesa de donar o d'heretar "importat simplicem veramque donationem, vel haereditamentum quando contractus in substantia prae ter promissionem nihil aliud contineret...".

Francesc Molí, en parlar de la promesa d'heretar, no la refereix al tipus d'heretament en què se solia posar, limitant-se únicament a dir que es pot compellar al pare que promet, per que acompleixi la donació o pacte (79), amb més motiu



quan aquesta promesa és feta per contemplació de matrimoni -com és el nostre cas-. Precisament perquè s'ha d'estar pel favor matrimoni.

Més complicada és la distinció del jurista francès -però instal·lat durant cert temps a la península- Celsus Hugo, el qual distingeix entre dues formes de promesa (80): "promitto Titio omnia bona mea post obitum meum" i l'altra "promitto tibi quod post obitum meum bona mea deveniant ad te". De la primera afirma la seva validesa donat que es pot conferir post mortem, tant en contracte particular com universal. En canvi, a la segona forma, la configura com un pacte successori -de futura successió- per la qual cosa aquesta promesa no obliga a l'un respecte de l'altre.

Una primera conseqüència derivada de l'exposició històrica, respecte de la promesa d'heretament és la seva restricció, a la Compilació Catalana, únicament als heretaments a favor dels contraents -art. 67- quan, tradicionalment, havia estat tot el contrari; és a dir, típica dels heretaments fets a favor dels fills que havien de néixer. Als antecedents doctrinals més immediats -segles XIX i XX-, l'opinió dominant és seguir a Cancrè (81). A l'actualitat es planteja el problema de determinar si la promesa d'heretar és també un acte bilateral, com el propi heretament -cas de l'heretaments a favor dels contraents-, o es pot interpretar en el sentit estricte de promesa -acte unilateral-. Si l'heretament a favor dels contraents necessita l'acceptació, com s'ha d'entendre l'afirmació que la promesa d'heretar tindrà força d'heretament? Ha d'ésser acceptada en les mateixes capitulacions? Puig i Ferriol ha construït la figura de la promesa d'heretar en base a la teoria del precontracte, dins de la posició, sostinguda per alguns, que no necessita prestar una alta vegada el consentiment. Hom pateix, pel que es veu, que la promesa d'heretar és acceptada, en el mateix moment, pel beneficiari (82), situació, que al

nostre entendre resulta certament inútil. Entenem, per tant, que no hi ha res que impedeixi estructurar la promesa d'heretar com a acte unilateral -feta per l'heretant- sense que sigui acceptada en el mateix acte per l'afavorit. En aquest cas no es pot imposar al beneficiari una institució d'hereu que pot no voler. Perquè sigui plenament eficaç haurà d'acceptar la dita promesa. De no ser acceptada estariem davant d'un supòsit al qual s'exclouria l'aplicació de l'article 72, que impedeix repudiar l'herència -precisament perquè ja ha recaigut acceptació en el moment d'atorgament de l'heretament-, així com d'altres normes que atribueixen obligacions a l'hereu vg. art. 71. Fins i tot, l'expressió "promesa d'heretar ordenada en capítols", sembla fer referència a un acte unilateral de l'heretant o promitent.

Com a conclusió en aquest punt podem afirmar: si la promesa d'heretar ha estat acceptada pel beneficiari té la força d'heretament, en tota la seva amplitud. Seria aquest un supòsit d'heretament simple. No obstant, si la promesa d'heretament era sols unilateral -sense acceptació-, únicament es podrà dir que l'efecte és que el promitent no podrà revocar la seva promesa. En aquest cas estarem davant d'una institució similar a l'heretament pur, però, aplicada als heretaments a favor dels contraents. De tota manera creiem poder afirmar que aquest últim cas -estipulació promissòria sense acceptació del beneficiari- serà d'ús molt poc freqüent en els heretaments a favor dels contraents. On sí té raó d'ésser és en els heretaments a favor dels fills dels contraents. En aquests, normalment, el beneficiari encara ha de néixer i en ocasions, fins i tot, encara ha d'ésser concebut, d'aquí la justificació de parlar de promesa d'heretar. El beneficiari és inexistent en el moment de celebració del negoci.

La compilació, com hem dit, tracta de la promesa d'heretar a les normes que regulen l'heretament a favor dels con-

traents. Malgrat tot, pels motius abans exposats, creiem que la ubicació més correcta d'aquesta, seria a l'heretament a favor dels fills dels contraents o, en tot cas, en les disposicions generals. La promesa -unilateral- d'heretar, tindrà l'eficàcia d'heretament, és a dir, serà irrevocable, tot i sense acceptació.

Fins aquí, hom pot afirmar, amb caràcter general, que a l'heretament, quant a la seva irrevocabilitat, jugaven les mateixes regles que respecte de les donacions, per causa de matrimoni, concretament als heretaments fets a favor dels contraents. No obstant, quan es tracta d'heretaments fets per aquests a favor dels fills que esperen tenir del matrimoni que contreuen, malgrat no ésser acceptats, també seran irrevocables. Es, en aquests casos, la causa matrimoni la que els fa irrevocables, ja que no hi ha possibilitat de parlar d'estructura contractual ni d'acceptació en vida de l'heretant en aquesta mena d'heretaments. L'àmbit de la irrevocabilitat, en ells, és molt més minvat que a la resta, sobretot, als heretament preventius i prelatius. Al preventiu, la irrevocabilitat es limita -art. 90- a no poder ésser substituït ni revocat per un altre heretament d'igual naturalesa; al preventiu perquè -art. 91- constitueix una limitació a la facultat de designar hereu. Tot això, juntament amb la figura de la promesa d'heretar, ens pot reconduir a poder mantenir l'opinió que és perfectament admissible la irrevocabilitat dels heretaments que deriven d'un acte unilateral, amb el mateix rang que aquells que són producte d'un acord de voluntats.

Endemés, als heretaments a favor dels contraents, la causa matrimoni extén la irrevocabilitat a aspectes més amplis que a les donacions en general. Se suprimeixen les justes causes de revocació (§3).

En aquest punt veiem que el matrimoni reforça -i així havia estat entès tradicionalment- l'heretament, limitant les

justes causes de revocació. Mieres (84) afirmava que la donació feta en temps de noces, quan el donatari, després, cometés ingratitude, o es donés algun dels casos pels quals es revoquen les donacions, el donant no podria revocar-la. En haver estat configurat com a donació, s'apartava de les possibilitats de revocació de la nostra institució per causa d'ingratitude, tot dient que quan la donació/heretament era fet per causa de matrimoni, al ser una donació ob causam, és a dir, no tenir causa gratuïta, no es podrà revocar per ingratitude (85).

A l'actual ordenació, com ha assenyalat Puig i Ferriol (86), ha desaparegut la referència a la irrevocabilitat per causa d'ingratitude, precisament perquè és a la Compilació on definitivament i clara s'atorga a l'heretament el caràcter d'institució d'hereu. Es per aquest motiu que es parla, substituint aquella expressió, de revocació per causes d'indignitat, expressió que és més pròpia del camp successori on definitivament s'inclouen els heretaments. Tant si parlem de causes d'ingratitude com d'indignitat, la realitat és que a l'heretament es veuen reduïdes, respectivament, tant respecte de les donacions com de la successió testada o intestada (87).

La possibilitat de revocació queda restringida a la causa 2a i 3a de l'article 756 del C.c., per remissió directa de l'article 73 de la Compilació, i són:

1) Si l'hereu fos condemnat en judici per haver atemptat contra la vida de l'heretant, el seu cònjuge, descendents o ascendents.

2) Si l'hereu hagués acusat al testador d'un delicte al qual la llei assenyali pena no inferior a la de presidi o presó major, quan l'acusació sigui declarada calumniosa.

El subjecte legitimat per a exercitar l'acció de revocació és l'heretant. Si aquest atemptat, del que parla el



art. 756, porta com a conseqüència la mort de l'heretant, la persona legitimada per a revocar l'heretament serà l'afavorit a la successió d'aquell com a conseqüència de la declaració d'indignitat, si prosperès (88). S'estableix, per tant, una via oberta a la revocabilitat dels heretaments. Malgrat aquesta possibilitat, rau en tot l'articulat de la Compilació l'intent constant, de subsistència del principi d'irrevocabilitat que els presideix. Aquesta subsistència es manifesta al propi art. 73 en: 1e. Si tot i que l'hereu estigui immers a alguna de les dites causes i l'heretant revoqui, existeixin fills del matrimoni en consideració al qual s'hagués atorgat, o descendents dels fills premorts, subsistirà l'heretament a favor dels dits fills o descendents, amb la possibilitat que l'heretant triï aquell que cregui més idoni. 2on. Si l'heretant coneix les causes d'indignitat i mor no havent fet revocació, per una presunció de remissió, queda subsistent l'heretament. 3er. Si l'heretant mor desconeixent la causa d'indignitat es dóna la mateixa solució dita a l'apartat primer. A més a més, és clar, subsistiran els drets reconeguts a favor d'altres persones, fins i tot del cònjuge de l'hereu indigne.

Pot succeir, com apunta Puig i Ferriol, que l'hereu contractual tingui anomenat un substitut (89). En aquest cas el substitut es veurà apartat, sempre que existeixin fills del matrimoni en consideració al qual s'hagués atorgat l'heretament, o descendents (quan manquin aquells fills). Prevaldrà l'estirp a la voluntat de l'heretant.

Anteriorment, havia estat discutit si el matrimoni era l'única causa que feia esdevenir irrevocable l'heretament, o realment eren necessaris l'acompliment d'uns determinats requisits de tipus formal. Algun autor (90), havia establert la necessitat que perquè el pacte d'heretar es pogués dir irrevocable es feia necessari la seva constància en document autèntic. Tanmateix, Molí era de l'opinió contrària tot afir-



mant que només seria així quan el costum, o en el seu cas la llei municipal, exigissin l'escriptura, i aquest -segons ell- no era el cas català (91). A l'actualitat la qüestió es planteja en sentit totalment contrari, derivat, precisament, de la configuració de l'heretament com a successió contractual amb el conseqüent abandó de la teoria de la donació: Supressió del terme ingratitud per indignitat i, definitivament, estructuració de l'heretament com a un negoci de caràcter formal, ja que com hem dit, l'article 63 estableix que únicament es podrà atorgar en Capítols Matrimonials.

#### 13.2.1. El frau a l'heretament i el manteniment del principi d'irrevocabilitat.

Hem assenyalat, amb anterioritat, l'estreta vinculació entre l'heretament i el dot, i la possible funció d'aquell com a reclam de dots més substancials. Amb aquest motiu, l'heretant, normalment el pare, al contracte de matrimoni, perquè el fill casés millor i més honorablement, li donava quelcom, no tenint realment ànim de donar. Una vegada aconseguit el seu objectiu -el dot- acordaven amb el fill que aquest novament faria donació al pare heretant -freqüentment d'amagat- dels béns que aquell li havia heretat anteriorment. En realitat, aquí es manifesta que l'heretant no tenia ànim de donar, per la qual cosa es desvirtua el paper del matrimoni i s'encobreix un autèntic frau (92).

Havia estat discutit l'àmbit de la constitució que prohibia aquestes retrodonacions (93) en el sentit d'interpretar quins negocis es comprenien sota el mot "instrumentum" i de si era necessari l'ànim de defraudar per a quedar sotmès a aquella Constitució. L'expressió "instrumentum" era entesa com a sinònim de contracte entre vius, sense poder-se aplicar al testament, que, com a última voluntat, és ambulato-

ria fins la mort (94), per això no es considerava frau.

Efectivament, sembla no haver-hi cap mena de problema en acceptar la nul·litat de les retrodonacions fetes per l'heretat a favor de l'heretant i així queda recollit per la Compilació a l'art. 13 a), en prohibir específicament les retrodonacions fetes per l'hereu a favor de l'heretant<sup>o</sup> dels seus hereus, dels béns compresos a l'heretament. Aquesta prohibició de retrodonacions s'amplia, a l'apartat b) d'aquell mateix article, als actes del donatari o hereu que consenteixin els del donant en disminució, derogació o perjudici de la donació o heretament. En aquest punt, la Compilació segueix, quasi textualment, l'opinió de Fontanella (95) el qual transcriu els següents casos que s'havien d'incloure a la prohibició de la constitució "A foragitar frau": 1) Quan el fill consentís que el pare venés o alienés les coses donades, ja que en aquest tipus de consentiment igualment es feia frau a l'heretament (96). 2) Quan el pare comprés al fill les mateixes coses donades i no constés el pagament del preu només que per confessió del fill. 3) Si el fill fés una confessió de deute, encara que fos jurada, a favor del pare, la veritat i realitat de la qual no és pugués provar, no s'hauria d'estar a la dita confessió ja que per via indirecte es faria frau a la Constitució i, per tant, a l'heretament. 4) Quan constés realment la recepció del preu però la venda fos feta per un preu vil. En aquest cas, tot el que manqui pel preu just s'entén donat i per tant s'ha d'assimilar a les retrodonacions. Finalment, el dit autor, acaba dient que aquesta enumeració ho és a títol enunciatiu, per tant, existeixen moltes més maneres de fer perjudici i frau a l'heretament. Els punts anunciats marquen les formes més normals de frau, i ensems faciliten poder detectar aquest "prohibita alienatione censerit prohibitum omnem actum per quem deveniatur ad ipsum".

Aquestes afirmacions de Fontanella segueixen essent vàlides a l'actualitat, de la mateixa manera que la pròpia Compilació les ha recollit amb caràcter enumeratiu (97), afegint-hi supòsits de frau freqüentment sancionats per la doctrina del Tribunal Suprem (98).

S'havia plantejat, i és pot plantejar també a l'actualitat, si la Constitució "A foragitar frauds" -recollida com hem vist als actuals articles 13 i 14 de la Compilació- comprenia no solament els heretaments fets a favor dels fills que es casen, sinó també els fets pels pares contraents a favor dels fills que havien de néixer. Els arguments en favor de l'extensió de l'aplicació a ambdues menes d'heretaments, antigament, giraven a l'entorn de l'expressió "vel aliorum quorumcumque". Precisament es deia que s'havia d'entendre que allà no es distingeix entre l'heretament fet al nat o al que ha de néixer (99). Sembla difícil, però, mantenir l'opinió que els heretaments a favor dels fills que naixeran vénen compresos dins dels arts. 13 i 14, precisament perquè únicament produiran efecte si l'afavorit sobreviu a l'heretant. No hi ha transmissió patrimonial i conseqüentment no es poden donar les retrodonacions que les que parla l'apartat a) de l'art. 13. Tampoc s'inclouen, aquest heretaments, a l'apartat b), ja que no té sentit parlar de nul·litat dels actes del futur hereu en perjudici d'heretament perquè ell encara no té la disposició dels béns que es comprendran a l'heretament.

No s'inclouen, a l'article 13, els heretaments a favor dels fills dels contraents perquè aquest article està sancionant la iniciativa de l'hereu en retornar les coses a l'estat en què estaven abans de l'heretament. A l'heretament atorgat pels contraents a favor dels seus fills, aquests no tenen la disponibilitat dels béns fins la mort de l'heretant. A primera vista, sembla que l'única possibilitat d'incloure'ls a l'art. 13, és a l'apartat a), quan un cop mort l'heretant, sobrevisquent-li el beneficiat per l'heretament, aquest donés als hereus (?) de l'heretant els béns compresos a l'hereta-

ment. Immediatament la qüestió que surt és: com és pot parlar d'hereus si la successió contractual -heretament- és incompatible a la testada o intestada -arg. art. 75-. Un cop mort l'heretant el fill heretat, en aquest tipus d'heretament que ens ocupa, esdevindrà hereu i, per tant, no es correcte parlar de donacions fetes als hereus perquè no n'hi hauran d'altres que els heretats. Així és que l'expressió "o dels seus hereus", només serà d'aplicació en el frau de donacions que no siguin o constitueixin heretament.

Passant a l'art. 14, en el qual s'estableixen presuncions de frau a la prohibició de retrodonacions, intentarem indagar la seva aplicabilitat als heretaments a favor dels fills dels contraents, no com a acte dirigit a obviar la prohibició de les retrodonacions, ja que hem dit que en aquests heretaments no es poden donar, sinó dirigit a derogar totalment o parcial els capítols matrimonials. En aquest sentit sí que podem afirmar que és aplicable l'apartat a) de l'art. 14, en establir la presunció de frau en les revocacions fetes donant i, en tot cas, d'acord amb l'art. 87.3, correspondrà a l'heretant la càrrega de provar que existeix una causa de les establertes per la desheretació l·legitimària (400).

En certa mesura també els hi seria aplicable l'apartat b) del mateix art. 14, on s'estableix la presunció de frau a les limitacions imposades en forma de mode o de fideïcomís per acte "inter vivos". Contràriament, no s'inclourien a l'apartat c), que taxativament exigeix que es tracti de la compra de les coses donades i, com hem dit, en aquest tipus d'heretament no hi ha transmissió patrimonial en vida de l'heretant. Sembla, finalment, no haver-hi obstacle en considerar la seva possible inclusió a l'apartat d); no obstant, l'esperit d'aquest és impedir un possible frau a l'heretament, per via indirecta.



L'altre problema que havíem apuntat era la necessitat o no de l'ànim de defraudar per a poder aplicar els dos articles abans mencionats; dit en unes altres paraules, la qüestió està en determinar si l'hereu pot, sense ànim de defraudar, restituir a l'heretant les coses donades o una part d'aquestes. Històricament, en aquest punt, la doctrina havia estat dividida segons s'entengués que el frau era causa final o impulsiva de la Constitució "A foragitar frauds". Mieres s'inclinà per la primera solució entenent, per tant, que el frau era la causa final de la Constitució i conseqüentment "cessante fraude quae fuit causa finalis, cessare debet effectus" (104). La Compilació sembla apartar-se del caràcter subjectiu de la necessitat de frau, tot decantant-se per la no necessitat de requerir l'ànim de defraudar. No obstant, quan a l'article 14 s'estableixen uns supòsits on es presumeix el frau, s'està tenint en consideració l'ànim o intenció de defraudar,

, encara que, com a tal presunció, hom podrà aportar proves en contra que la destrueixin. Partint de la necessitat de la intenció de defraudar, quasi que indirectament es resoldria la qüestió plantejada amb anterioritat de si s'inclouen o no els heretaments a favor dels fills dels contraents en aquests articles. El frau ha d'ésser a algú i és clar que als heretaments a favor dels contraents, perquè la causa matrimonial és més propera, el frau ho és al cònjuge o família d'aquest. En canvi, a l'heretament a favor dels fills dels contraents, com que el beneficiat no és la persona que controu matrimoni, i no se'l fa hereu perquè es casi, no es pot parlar de frau en el mateix sentit que en aquells; no existeix tan marcadament la interdependència entre les diferents aportacions matrimonials.

La sanció a la violació dels art. 13 i 14 és la nul·litat absoluta i no pas la anul·labilitat. És en aquest sentit com s'ha d'interpretar l'art. 13 quan afirma que "son nul·



les" (102), i també l'art. 14, quan genèricament parla d'ineficàcia de tot acte o contracte encaminat a burlar la prohibició de retrodonacions. Lògicament, si aquesta era la solució que es donava a l'art. 13, ha d'ésser la mateixa al 14, el qual, com hem vist, regulava casos de frau, també, encara que per la via indirecta (103).

Clourem l'apartat de la sanció a les retrodonacions dient que és innecessària la referència que fa l'art. 13 a la nul·litat de les donacions que hom pugui fer en nom d'una persona interposada, ja que, en definitiva, el beneficiat directe serà l'heretant o bé els seus hereus, per la qual cosa s'estarà defraudant, indirectament, la norma prohibitiva de retrodonacions, entrant consegüentment dintre de les disposicions que, amb caràcter general, sancionen amb la nul·litat les actuacions que estan contra allò que disposa una norma prohibitiva o imperativa.

### 13.2.2. Correccions al principi d'irrevocabilitat dels heretaments.

Prescindirem aquí d'aquells casos en els quals prèviament s'ha pactat la reserva de disposar o algú altre pacte que impliqui, cas d'utilitzar'se, una disminució del contingut econòmic de l'heretament, o simplement, quan s'exclouen alguns béns de l'heretament. Quan existeixen aquests pactes previs, no es pot parlar d'excepció ni de correcció al principi de irrevocabilitat sinó d'exercici d'una clàusula contindua al propi negoci d'heretament, el qual ja fixa, a priori, el seu àmbit d'eficàcia.

Estudiarem, per separat, cadascun dels tipus d'heretament, a causa de la dificultat que ofereix la construcció unitària dels diversos tipus, oimés a partir de la promulgació de la Compilació.

a) Heretament simple.

En aquest, la nota d'irrevocabilitat és menys ferma que a la resta d'heretaments que es fan a favor dels contraents, donat que es limita pràcticament a la designació i no pas al contingut econòmic efectiu de la designació. Al no haver-hi transmissió patrimonial "inter vivos", l'heretant continua exercint les seves facultat dominicals.

Encara que l'heretant, com acavem de dir, conservi la plena propietat dels béns objecte de l'heretament, en virtut d'aquest principi d'irrevocabilitat, que presideix els heretaments, s'estableixen una sèrie de limitacions a les facultats dispositives de l'heretant (104), les quals passen, segons estableix l'art. 75.2, per la prohibició de disposar dels seus béns a títol lucratiu. Quins acte es comprendran dins de l'expressió "no podrà disposar d'ells a títol lucratiu"? Partint de la concepció de títol lucratiu, no com a sinònim de títol gratuït, sinó com un peculiar punt de vista respecte de l'eficàcia de l'acte: el d'enriquit (105), és pot afirmar que l'expressió d'aquest article no és encertada, en la mesura que s'està contemplant l'acte des del punt de vista del disponent "no podrà disposar...", i no pas de l'adquirent. Precisament, el que es pretèn és evitar que, mitjançant aquest, es deixi sense contingut econòmic la institució d'hereu, defraudant per tant a l'heretat.

El concepte de títol lucratiu ha de ser, en aquest sentit, molt més ampli, comprenent no sols el negocis dispositius amb causa liberal, sinó també altres títols extintius tinguin o no causa liberal. Dins dels primers caldria incloure la donació, la tradició amb causa liberal (106), etc. D'entre els títols extintius que queden inclosos dins de la prohibició del 75.2, cal mencionar: la condonació (art. 1187 C.c.), i la renúncia a l'herència a favor d'un o més dels cohereus que contempla l'art. 1000.2 C.c.

Què succeeix amb altres negocis, de tipus gratuït, que nos són dispositius com és el cas del comodat? En aquest contracte, l'heretant/comodant conserva la propietat de la cosa prestada -art. 1741- i, per tant, no es deteriora el contingut econòmic de l'heretament. No hi ha cap impediment perquè pugui celebrar aquest contracte, malgrat l'existència d'una causa gratuïta. Podem dir el mateix del mutu? Aquest, igual que el comodat, és un contracte normalment gratuït, encara que també pot ésser onerós, però es diferencia d'aquell, a més d'aquest últim extrem, en què el mutu atribueix al prestatari la propietat de la cosa prestada. Tot i amb això creiem que l'heretant no es veurà privat de poder celebrar el contracte de mutu com a mutuant, ja que en virtut del principi de subrogació real, l'heretant en rebrà com a creditor -art. 1753 Cc.-, un altre tant de la mateixa espècie i qualitat, per tant, tampoc aquí es perjudica el contingut econòmic de l'heretament. Finalment, el mateix podem afirmar de la fiança de tipus gratuït -art. 1823-, donat que el fiador, que arriba a pagar pel deutor, ha d'ésser indemnitzat per aquest -art. 1838, 1839-, sense minvar, tampoc aquí, l'entitat econòmica que l'hereu rebrà en el moment de la mort de l'heretant (107).

El testament, al no ser un acte de disposició sinó de destinació de béns, no s'inclouria dins d'aquesta prohibició. No obstant, la pròpia Compilació estableix la limitació de només poder atorgar testament respecte d'allò que expressament l'heretant s'hagi reservat per tal finalitat -art. 78 Comp.-, per tant, a "sensu contrari" no pot testar de la resta de béns que no hagi reservat.

La prohibició de disposar no s'extén als actes de disposició a títol onerós, ja que, en principi, l'essència del títol onerós implica una contraprestació i es parteix d'una subrogació real, la qual, normalment, no té perquè lesionar els interessos de l'hereu, que veu com, malgrat l'alineació,

es manté el contingut econòmic de l'heretament. Aquesta possibilitat es trenca quan l'alineació s'atorgui en frau d'heretament (108). El frau del que es parla aquí no és el mateix que contemplàvem en parlar dels arts. 13 i 14. Aquí, el frau -l'article 75.3-, ho és a l'hereu. L'heretant vol deixar sense contingut econòmic la institució d'hereu, sense consentiment, o bé vol donar un contingut diferent, violant l'essència d'aquell que rau en el patrimoni familiar: la casa. En canvi, als arts. 13 i 14, que, com ja ha quedat manifestat recullen la Constitució "A foragitar frauds", el frau no és a l'hereu, precisament perquè es parteix d'un "consilium fraudis" entre l'heretant i l'hereu per defraudar al dot, excepció feta dels apartats a) i b) de l'art. 14 que contemplen la irrevocabilitat en sentit estricte, és a dir, per iniciativa de l'heretant (109).

A l'article que ens ocupa es veu ben clarament qui és la persona a la qual es dirigeix el frau, tenint en compte que la legitimació activa recau sobre l'hereu o hereu d'aquest, i, en tot cas, el "consilium fraudis" ho és entre heretant i tercer, essent aquest, precisament, el supòsit pel qual es fa culta a l'hereu de poder exercitar l'anul.labilitat. Sanció que, provenint també del frau, igual que la Constitució "Aforagitar frauds", no s'identifica amb aquesta. L'art. 13 comença dient: "Seran nul.les...". Per què aquesta diferència de criteris? Cal precisar, en primer lloc, que el Projecte de Compilació, a l'art. 124, establia la nul.litat d'aquest tipus d'alienacions fetes en frau d'heretament coincidint amb l'establerta a la Constitució "a foragitar" per l'incompliment de la prohibició de retrodonacions. Tant la nul.litat de l'art. 124 del Projecte com l'anul.labilitat amb que se sanciona actualment, podem dir que són termes poc encertats (110). Efectivament, es parteix de l'existència d'un contracte celebrat vàlidament, en canvi a l'anul.labilitat se sanciona l'incumpliment del requisits legals que requereix el contracte en qüestió, per això podem afirmar que més correcta-



ment, en el nostre cas, s'ha de parlar de rescissió (arguments: 1290 C.c. per la Rescissió i 1300 per la anul.labilitat). La anul.labilitat es basa, doncs, en elements estructurals del contracte (111), en canvi el negoci rescindible és aquell que s'ha celebrat vàlidament, però que produeix un perjudici a una de les parts o a un tercer -en el nostre cas a l'hereu- i que podrà ésser declarat ineficaç a petició del perjudicat.

No s'aplicarà la regla de la rescissió quan l'adquirent sigui aliè al frau, d'acord amb allò que disposa l'article 1298 C.c.: "a sensu contrari". En aquest cas, existirà la possibilitat que l'hereu defraudat exerciti una acció d'in demnització de danys i perjudicis a l'heretant que fraudulentament ha realitzat el negoci de tipus onerós. L'exercici d'aquesta acció, com totes les rescissòries tindrà un plaç de caducitat de 4 anys (art. 323.3 Compilació) (112).

Juntament amb la rescissió, es contempla dins de l'art. 75.3 l'acció de simulació, com a instrument, mitjançant el qual també es pot deixar sense efecte, o minvar considerablement el contingut econòmic de l'heretament. La simulació es dóna de vegades, quan l'heretant vol afavorir algun dels altres fills a costa de l'hereu, amagant, sota l'aparença d'un contracte onerós, una donació (113) i salvant, d'aquesta manera, l'impediment que suposa l'irrevocabilitat de la institució d'hereu feta en Capítols Matrimonials. La Compilació parla de simulació com a independent del frau d'heretament. No obstant, sembla lògic pensar que aquestes simulacions tenen la intenció de defraudar la institució d'hereu i substreure béns del patrimoni que l'hereu heretarà a la mort de l'heretant. Tal com hem vist a l'acció de frau, l'hereu o el que ho sigui d'aquest poden exercir l'acció de simulació, però, havent de distingir: 1) Negoci simulat onerós i negoci dissimulat gratuït. Encara que en la realització del negoci no existeixi



ànim de defraudar, en restar descobert el negoci dissimulat gratuït i estar prohibit pel 75.2, serà inefica-. 2) Negoci simulat onerós i dissimulat també onerós. En aquest cas el negoci dissimulat serà plenament eficaç sempre que aquesta simulació no tingui la intenció expressa de defraudar l'here<sup>u</sup>tament. 3) Simulació absoluta. Al no encobrir cap negoci, l'hereu, tot instant l'acció de simulació, fa que retornin les coses a l'estat en què estaven abans de la realització del negoci simulat.

Les regles que regulen la simulació i sancionen amb la nul·litat seran les aplicables, restant pels supòsits de frau aquelles que regula el propi art. 75.3.

Prescindint de la possibilitat de rescindir els actes de disposició a títol onerós, atorgats en frau d'heretament, s'estableix, també, la prohibició d'alienar pels contractes de renda vitalícia, emfiteusi o cens -a no ser que s'hagi pactat aquesta possibilitat- sense tenir en compte si son fraudulents o simulats.

#### Renda vitalícia.

No s'impedeix a l'heretant celebrar aquest contracte des de qualsevol punt de vista sinó únicament quan sigui el subjecte que lliura un determinat bé, essent en conseqüència el destinatari de la renda. Així, doncs, podrà celebrar perfectament aquells contractes de renda vitalícia en els quals aparegui com a deutor de la renda i receptor dels béns i, en canvi, no podrà constituir allò que l'art. 1807 del C.c., anomena "constitución a título gratuito de una renta sobre sus bienes", ja que en aquest cas estariem davant d'una donació de renda vitalícia i com a títol gratuït, prohibit endemés per l'art. 75.2 (114).

La finalitat d'aquesta prohibició de l'art. 76 és com la del 75, impedir que es puguin distreure béns de l'expectativa que té l'hereu sobre el patrimoni de l'heretat, sense substituir-los per uns altres béns. Efectivament, l'article 1802, en regular el contracte aleatori de renda vitalícia, ens parla que "obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego...", amb la conseqüència que la falta de pagament de les pensions vençudes no faculta per a exigir el reemborsament del capital ni a tornar a adquirir el predi alienat.

#### Emfiteusi o cens.

Tot i la partícula o, l'article 76 sembla referir-se a l'emfiteusi i al cens com a institucions independents. Respecte de la prohibició de disposar en virtut del contracte d'emfiteusi, ja podem trobar precedents en Fontanella, encara que referits als heretaments que fan els contraents a favor dels seus fills i no als que es fan a favor dels que es casen (115). El pare després d'haver atorgat l'heretament, no pot concedir cap dels seus béns en emfiteusi; en cas de fer-ho, aquest acte quedaria sotmès a rescissió (116), fora del cas que la concessió (stablimenta) feta pel pare després de l'heretament fos per millorar les coses improductives o incultes (117). D'aquesta manera, es beneficiaria a l'hereu, tot i que aquestes concessions en emfiteusi s'haguessin fet per un cens mòdic.

La Compilació no diu res sobre l'admissió d'aquesta possibilitat de cessió en cens emfitèutic. No obstant això, si l'esperit de l'art. 76, com a l'art. 75, és d'intentar evitar possibles prejudicis a l'expectativa de l'hereu, i en aquest cas de concessió en emfiteusi no hi ha aquest prejudi-

ci, sinó tot el contrari, no s'aplicarà aquesta prohibició.

D'altra banda, respecte del que s'inclou en l'expressió cens, intentarem de resoldre-ho analitzant cadascuna de les formes censuals, bé que configurades en la Compilació com a drets de caràcter personal. El vitalici, configurat com un cens sense domini (art. 336) a canvi de la transmissió d'una finca que queda gravada, també està prohibit a l'here- tant de celebrar-lo, sempre, això sí, que ell aparegui com a pensionista i, per tant, com a alienador de la finca; no en canvi, quan sigui la persona que, en contraprestació d'haver rebut la finca ha de pagar la pensió. En les altres formes censuals, a les quals no es parla d'alienació de béns sinó de lliurament d'un capital, com són el censal i el violari (art. 330 i 334), també s'hauran d'incloure a la prohibició, ja que el que es pretèn, com hem dit en infinitat d'ocasions, és no minvar el "quantum" del patrimoni, sigui quina sigui la natura del bé que es sustreu d'aquest. En aquest sentit, doncs, és el mateix lliurar una finca de valor 1.000 per rebre una pensió de 10, que lliurar-ne 1.000 per rebre la mateixa pensió. Idèntica afirmació es pot fer dels censos consignatiu i reservatiu regulats al Codi civil, no obstant, la funció d'aquest ja l'acompleixen, en el nostre ordenament, les formes abans citades i estudiades.

La prohibició de celebrar aquests contractes ve donada per la conservació del patrimoni familiar, per tant està estretament vinculada amb el principi d'unitat econòmica familiar recollit a l'art. 71, el qual és un fidel reflex de la tradició jurídica catalana (118). Per aquest motiu s'estableix la possibilitat que l'heretant celebri aquests tipus de contractes, en principi prohibits, quan l'hereu o bé els seus haguessin deixat de treballar en favor de la casa, limitant-los a la quantitat que, tenint en compte la seva situació personal i patrimonial, cregués necessària per assegurar a la se

231

va/esposa i fills que estan sota la seva potestat un renda  
suficient per poder viure decorosament segons el rang social  
de la casa. En aquest cas, en contra del que succeeix als  
altres actes de disposició a títol onerós, s'exigeix que l'he-  
reu doni el seu consentiment a la realització, per part de  
l'heretant, d'algun dels contractes de renda vitalícia, emfi-  
teusi o cens. Aquesta disposició ha estat molt controvertida.  
Alguns han afirmat que és incongreuent i que es tracta d'un  
error, ja que a la resta de facultats dispositives -legals  
o pactades- no se li exigeix (119). D'altres mantenen que no  
hi ha tal error i que es pot seguir sostenint aquesta distin-  
ció de tractament als contractes abans esmentats (120). Per  
altra banda, la necessitat de consentiment de l'hereu i, en el  
seu cas, la substitució per l'autorització judicial, té el  
seu paral·lel a l'art. 81, que es refereix a les facultats  
de l'heretant sobre els béns transmesos de present en els he-  
retaments cumulatiu i mixt, quan els béns de lliure disposi-  
ció no siguin suficients per alguna de les finalitats que es  
descriuen al propi article: pagar els deutes anteriors, dotar  
o acomodar als fills, alimentar, etc. És clar que a l'art.  
76.2 es parla de consentiment de l'hereu i, contràriament, a  
l'art. 81 es parla d'autorització de la persona designada per  
autoritzar aquests actes, en el cas que no hagi estat designa-  
da o no els volgués autoritzar, s'haurà d'acudir al jutge. Tot  
i aquesta discrepància, la finalitat d'ambdós preceptes sembla  
ésser la mateixa.

De tota manera, hom pot observar una no acomodació  
de les mesures que prenen els dos articles. En efecte, la  
prohibició de celebrar els contractes de renda vitalícia, emfi-  
teusi, etc., es refereix a l'heretament simple, és a dir,  
aquell en el qual no hi ha una transmissió patrimonial de pre-  
sent. Amb tot, si l'hereu hagués deixat de treballar en favor  
de la casa -es trenca amb el principi d'unitat econòmica fami-  
liar-, perquè l'heretant pugui atorgar algun d'aquests contrac-



tes necessitarà el consentiment de l'hereu (121). Aquest consentiment es projecta, doncs, sobre un acte que recau en un objecte del qual encara no ha adquirit la propietat. Per contra, a l'art. 81, es faculta a l'heretant per a disposar dels béns que ja són propietat de l'hereu -els lliurats de present-. En aquest cas, la persona legitimada per autoritzar aquests actes no cal que sigui l'hereu, sinó la persona que s'hagi designat i que pot no coincidir amb aquest, a més és pot donar el cas que no s'hagi previst que sigui el que ha de donar aquell consentiment. En aquest cas, d'acord amb l'art. 81, serà el jutge.

També com a excepció al principi d'irrevocabilitat de l'heretament simple, l'art. 75 recull la possibilitat de disposar per dotar i acomodar els fills, desenvolupada, posteriorment, per l'art. 77. L'heretant pot haver-se reservat en el moment d'atorgar l'heretament, per aquesta finalitat, bé excloent béns de l'heretament o assenyalant altres béns. En aquest casos, estant exclosos de l'heretament no hi ha qüestió a parlar d'excepció al principi d'irrevocabilitat. En canvi, quan expressament no consta aquesta reserva el nostre ordenament parteix de la presumpció que sempre s'entenen atorgats amb la reserva de la facultat de dotar i acomodar els fills, la qual cosa, a primera vista, pot implicar una disminució de l'espectativa econòmica que l'hereu rebrà en el moment de la mort de l'heretant.

Històricament, dins de la reserva -feta per l'heretant- d'alienar els béns compresos a l'heretament, es comprenia també l'obligació del donatari de pagar allò que fos necessari per a dotar i casar les filles de l'heretant/donant (122). Pel que es veu, no configurada com una facultat sinó com una obligació de l'heretat, fixant que els béns s'hauran d'extreure dels reservats en la clàusula general. Entenem que es parteix del fet que l'heretant estigui mort, ja que de no ser així aquesta obligació li pertocaria.



No caldria que l'existència d'aquesta reserva de dotar constés establerta expressament a les normes reguladores dels heretaments i encara menys, que es pactés als capítols matrimonials. L'heretament no es pot fer en perjudici del dret dels llegitimaris i el dot que la filla pot exigir, del seu pare, quan es casi, s'imputa a la llegítima (article 132).

Sobre els termes acomodar i dotar s'hi conté no sols el fet de constituir dot a la filla i assignar quantitats als altres fills no heretats, en pagament anticipat de la llegítima (123). Aquesta vinculació també té els seus antecedents històrics. Fontanella el refereix com a primer cas en el qual malgrat l'heretament, el pare pot alienar béns (124) d'altra manera, el pare heretant quedaria vinculat en perjudici dels altres fills al quals se'ls deu la llegítima, no pas per disposició del pare sinó de la llei, com s'assenyalava al Còdex 3, 28, 32 i 3,29,5. Actualment, respecte del dot l'art. 26 Compilació i el 122 respecte de la llegítima.

Vist el primer supòsit: la possibilitat de disposar per manament de la llei d'una part del patrimoni per dotar i acomodar, sense haver-se reservat expressament una quantitat per aquesta finalitat "atque si nullum pactum fecisset", pasarem a analitzar aquest últim cas; és a dir, quan l'heretant ha fet constar un pacte en aquest sentit, encara que, com ja hem afirmat, això no suposi una excepció al principi d'irrevocabilitat, perquè és previst "a priori". Ho tractem aquí per la seva estreta vinculació amb la disposició legal (125). Aquest pacte pot revestir, segons la Compilació, dues formes:

- a) Que l'heretant hagués exclòs béns de l'heretament.
- b) Que hagués assenyalat o assignat altres béns o diners.

111

a) La frase "haver exclós béns de l'heretament" sembla tenir un significat de globalitat: un determinat conjunt de béns que no vénen a formar part de l'heretament (reservats per a dotar o acomodar). No són, per tant, objecte de la institució. Pot succeir, no obstant que l'heretant mori sense haver disposat dels béns exclosos. Respecte d'aquesta possibilitat, la Compilació no preveu la solució sinó únicament quan es tracti del supòsit b), Assenyalat o Assignat. En aquest cas, els fills de l'heretant els faran seus. En el cas que ens ocupa la solució sembla ser la de donar preponderància al caràcter absorvent del títol d'hereu sobre els drets dels fills o filles legitimaris (126). Mort l'heretant serà l'hereu qui haurà de pagar les llegendimes, d'acord amb les normes generals de la Compilació recollides a l'art. 137, sense existir cap vinculació entre l'exclusió de béns i l'atribució llegendimària (127). Consegüentment, encara que aquells fossin insuficients pel pagament de les llegendimes d'acord amb els art. 129 i 137, la quantitat i forma assenyalada en ells serà la que pertocarà pagar, sense ésser necessari que els legitimaris hagin de recórrer al suplement de llegendima regulat a l'art. 132.6, precisament perquè aquest es refereix a quant hi hagi assenyalament o assignació inferior a allò que li corresponia. En aquest cas concret que estudiem no hi ha hagut tal assignació. El mateix es podrà dir quan la quantia dels béns reservats sigui superior a allò que li correspondria per llegendima. L'hereu no té obligació de complementar l'excés.

b) Si ha assenyalat o assignat altres béns o diners. Aquí, igual com a l'apartat anterior es produeix una limitació de l'àmbit dels béns susceptibles de disposició per l'heretant al llarg de la seva vida. La primera qüestió que es planteja és delimitar el significat de les expressions "assenyalar" o "assignar".

Algun autor descriu ambdues com a casos no ben diferenciats (128), nosaltres entenem, però, que a la nostra Com-

112

pilació ambdues tenen diferent significat. Unicament es podrien entendre com a càrrega de l'hereu contractual de pagar -mort l'heretant- les llegítimes. Assenyalar = pagar als llegitimaris amb els béns referits, però, sense estar destinat un bé concret a cada llegitimari. Assignar = Deure de pagar als llegitimaris de manera que cadascun d'aquests llegitimaris tingues atribuït un bé o béns concrets. Si és l'heretant que durant la seva vida disposa dels béns assenyalats o assignats, quan disposi dels béns assenyalats no hi haurà cap diferència amb quan disposi dels béns que la Compilació diu exclusos de l'heretament, ja que la plena propietat, en aquestes circumstàncies, la segueix ostentant l'heretant; és només una limitació dins d'un cos general de béns. Als casos d'assignació, en canvi, sí que es pot diferenciar clarament perquè aquí cada llegitimari té dret a que se li pagui la seva llegítima amb el bé assignat i no amb un altre.

En el cas que l'heretant morís sense haver atribuït la cosa assenyjada o assignada els fills no heretats la seva, tot el contrari de quan es tractava d'una mera exclusió de béns (129). Als casos d'assignació i assenyalament, mort l'heretant sense haver-ne disposat, seran aplicables les normes del Capítol IX dels Llegats (art. 217.2) i per tant, els llegitimaris adquiriran la propietat des del moment de la mort de l'hereu als llegitimaris. És per aquest motiu que el risc de la cosa assenyjada o assignada en Capítols Matrimonials -mort l'heretant- serà de part dels llegitimaris i, contràriament, abans de la mort de l'heretant, sense haver disposat dels béns, els llegitimaris no suportaran el risc. L'efecte és que quedarà ineficaç la dita reserva, i l'hereu haurà de pagar les llegítimes, d'acord amb les normes generals abans mencionades (131).

Pot passar que els béns assenyalats o assignats excedeixin de l'import d'allò que per llegítima els correspon-dria. Aquest excés el faran seu no com a llegitimaris, sinó com a liberalitat -art. 136.4- sense entrar, en aquest cas, la prohibició de l'art. 75, perquè als capítols ja havia estat prèviament pactat i consegüentment l'hereu no podrà exercir l'acció de nul.litat.

Pot succeir, també, que després d'haver atribuït la llegítima als llegitimaris a bestreta, neixés posteriorment un altre fill de l'heretant. L'hereu, en aquest cas, pot ins-tar la reducció per inoficiositat dels assenyalaments ante-riors, mantenint així el principi de l'irrevocabilitat de l'heretament o bé ho ha de detreure de l'heretament? Per resoldre aquesta qüestió distingirem entre si l'atribució l'ha fet l'heretant o bé l'hereu després de la mort d'aquell. Si la fa l'heretant podem subdividir entre si existeix prèviament assig-nació -en el sentit que nosaltres li hem donat- o assenyalament i segons se n'hagi fet o no ús de la qüantitat assenyalada. En el cas d'assignació com que implica una atribució d'un bé o béns concrets a cadascun dels llegitimaris, el pare podrà disposar d'altres béns no concretats, fent ús de la facultat que reconeix el primer paràgraf de l'art. 77. Si originària-ment s'hagués assenyalat determinats béns, cal distingir si l'heretant n'ha fet ús o no; si no n'ha fet ús, els béns asse-nyalats es distribueixen entre tots els fills incloent el so-brevingut, en canvi, si ja n'ha fet ús, és admissible també que s'aculli a l'art. 77 princip. Mai que sigui l'hereu con-tractual qui ha de pagar les llegítimes, en ésser aquesta un límit a la llibertat de testar (també de disposar en hereta-ment) i com que no es pot limitar més d'allò que l'ordenament jurídic diu (una quarta part), s'han de reduir els assenya-laments.



Finalment queda per veure si la facultat de dotar comprèn o no les filles que contreuen segon matrimoni. En aquest punt, les opinions havien estat dividides (132), nosaltres ens decantem, no obstant, per entendre que el pare i, en el seu cas, l'hereu, no estan obligats a pagar un segon dot. L'obligació de dotar -art. 26.3-, sols existirà respecte del primer matrimoni de la filla. Malgrat tot, cal admetre la possibilitat que l'heretant que hagi exclòs o assenyalat uns determinats béns, si no disposa d'aquests en la seva totalitat, podrà disposar de la part restant en dot pel segon matrimoni de la filla.

Juntament amb la facultat de dotar i acomodar als fills es parla de proporcionar-los carrera o ofici, essent, també, aquesta una excepció al principi d'irrevocabilitat de l'heretament, conseqüència del caràcter fortament familiar de l'heretament vinculat d'alguna manera al principi d'unitat econòmica familiar i no pas conseqüència d'una obligació legal, en contra del cas de dotar o acomodar -atribució del dot a l'legítima-. En efecte, l'art. 71 recull l'obligació de l'heretant de mantenir l'hereu, la seva muller i els fills comuns, proporcionant-los el necessari a la vida humana i sufragar les despeses d'educació i d'instrucció dels dits fills, segons el poder de la casa, amb la condició que mantinguin obediència i consideració degudes i treballin allò que bonament puguin en utilitat de la casa (133).

De la mateixa manera que hem fet en parlar de dotar i acomodar, podem fer aquí les següents subdistincions:

- a) Presumpció d'aquesta reserva encara que no s'hagi pactat expressament.
- b) Pacte pel qual s'exclouen béns de l'heretament per aquesta finalitat.
- c) Pacte pel qual s'assenyalen o assignen béns o diners.



111

A l'apartat a), és a dir, quan no s'ha pactat expressament la reserva, la quantitat que l'heretant pot destinar a proporcionar carrera o ofici no està taxativament determinada sinó que dependrà de dues circumstàncies: 1a. El poder de la casa. 2a. El costum del país (134). En l'apartat b) i c) la possibilitat d'aquesta disposició vindrà determinada per la quantia dels béns reservats per aquestes finalitats.

Estem, aquí, davant de la figura coneguda com a dotació (135): atribucions que el pare fa al fill no heretat per pagar alguna carrera professional o establir-lo en algun negoci o indústria (136). Si bé hem dit que no era necessari que la Compilació establís la presumpció que "ex lege" sempre s'entenen reservades les facultats de dotar i d'assignar la llegítima, ja que són obligacions de tipus legal i no es poden defraudar, no podem dir el mateix de les dotacions perquè el pare no té legalment aquesta obligació -de proporcionar carrera o ofici.

Respecte de les altres qüestions, és aplicable a les dotacions allò que hem dit en parlar de dotar i acomodar.

Finalment, la protecció que es dóna a l'irrevocabilitat que presideix l'heretament simple és la possibilitat que l'hereu, o aquell que sigui hereu d'aquest, pugui impugnar, tal com succeïa amb la possibilitat de disposició a títol onerós, els actes que l'heretant destinés a dotar i acomodar o proporcionar-los carrera i ofici, si aquests fossin realitzats en frau o dany d'heretament. Són, per tant, aplicables aquí les afirmacions fetes respecte d'aquells. Ara bé, en aquest últim cas, i segons expressió de la pròpia Compilació -art. 77- es poden presentar dues qüestions, encara que segurament de matís: 1a) A més del criteri subjectiu -intenció de defraudar-, s'aporta un de tipus objectiu: que les reserves abans esmentades no excedeixin del poder de la casa i el

costum del país. De no ser així, s'hauran de presumir fraudulent i per tant rescindibles. 2a) S'amplia el terme frau, afegint-hi dany, segurament assimilant-los "amb frau o en dany de l'heretament". Si no fos així, tindríem que tota disposició de l'heretant per dotar, acomodar, proporcionar carrera i ofici, produeix, objectivament considerada un dany a l'heretament, el qual econòmicament es veu reduït dins el seu contingut quantitatiu que l'hereu rebrà després de la mort de l'heretant. El criteri de vincular la impugnabilitat perquè l'heretant s'hagués excedit de les possibilitats de la cas o costum del país, sense ànim de defraudar a l'hereu, seria el més encertat.

#### b) Heretament cumulatiu.

En aquests, des del moment de l'atorgament de l'heretament, l'hereu contractual a més a més de la qualitat d'hereu adquireix tots els béns que en aquell moment tingués l'heretant, amb les limitacions, lògiques, d'exceptuar els béns mobles d'ús personal, els adscrits a l'explotació familiar i, en virtut de l'autonomia de la voluntat, aquells que l'heretant s'hagués reservat per a disposar. Tots aquests els rebrà com si es tractés d'un heretament simple, és a dir, els adquirirà, juntament amb els béns futurs en morir l'heretant, sempre que no hagi pactat que l'hereu els faci seus a mesura que l'heretant els vagi adquirint. Per tot això, se'ns diu a la Compilació que estaran sotmesos a les mateixes limitacions que l'heretament simple -art. 80-, i que vénen recollides a l'art. 75 (437). Nosaltres no participem d'aquesta afirmació.

La reserva de drets o facultats, com ja hem dit en apartats anteriors, no pertoca contemplar-les dins de les excepcions al principi d'irrevocabilitat dels heretaments. No

són tals excepcions perquè els subjectes que hi intervenen ja han pactat en les capitulacions.

Tanmateix, sí que suposa una excepció a aquest principi d'irrevocabilitat, la possibilitat que reconeix l'art. 81.2, que l'heretant quan, no havent'hi suficients béns de lliure disposició, estigui facultat per gravar o vendre els béns lliurats. Aquest trencament amb el dit principi, és molt més important que a l'heretament simple. És dona la circumstància que al cas que ara estem examinant, l'hereu ja ha adquirit la propietat dels béns presents, en canvi a l'heretament simple, per l'adquisició de la propietat és necessària la mort de l'heretant. Entretant, l'únic que tenia era una expectativa sobre els béns que en el seu moment li serien entregats.

Aquesta possibilitat de minvar el contingut econòmic de l'heretament, no és il·limitada, sinó que s'han de donar una sèrie de requisits:

1er) Que no hi hagin béns suficients de lliure disposició. Això vol dir, a l'heretament cumulatiu, que els béns que l'heretant s'hagi reservat per disposar (no la reserva de facultats i drets sobre els béns tramesos, ja que si fos així, estaria directament facultat i no tindria raó d'ésser l'art. 81.2), siguin insuficients o ja no estiguin en poder de l'heretant; per exemple, perquè hagi disposat d'ells per una altra causa.

Qüestió important serà esbrinar si per tal d'evitar que l'heretant disposi dels béns de l'hereu, aquest podrà demanar excussió dels béns d'ús personal o dels adscrits a l'explotació familiar. En principi, com que estem davant d'un heretament cumulatiu, la resposta ha de ser negativa: en primer lloc perquè els béns mobles d'ús personal no són béns realitzables -arg. ex art. 1449 LEC-, i respecte dels béns ads-

crits a l'explotació familiar, perquè el principi contrari suposaria trencar tota l'essència de l'heretament, manifestada al pacte d'unitat econòmica familiar. En tot cas, cabrà l'excussió dels béns que l'heretant adquireixi amb posterioritat a l'heretament ja que aquests seran de lliure disposició. No serà així, quan s'hagi pactat que l'hereu els farà seus a mesura que l'heretant els vagi aconseguint.

2on) Que no s'hagi pactat la prohibició d'aquesta facultat. Es un cas d'exclusió de la presumpció d'existència de la dita reserva, en virtut de l'autonomia privada. Tanmateix, això no vol dir que quan s'ha establert, per pacte, que l'heretant no tingui la facultat de gravar o vendre no pugui resoldre situacions, en certa manera extremes, ja que sempre queda el recurs de l'art. 71, que crea l'obligació a l'hereu, quan l'heretant no s'ha reservat l'usdefruit de mantenir l'heretant, consort i els seus fills. S'ha de tenir en compte, no obstant, que es pot pactar l'exclusió d'aquesta presumpció.

3er) Que la disposició sigui motivada. Significa, aquest tercer requisit, que la facultat concedida per l'art. 81 no és omnímoda sinó que ha d'estar justificada per alguna de les circumstàncies següents:

- a) Satisfer els deutes anteriors a l'atorgament de l'heretament. Es contempla aquí la iniciativa de l'heretant -deutor- que realitza o grava béns per pagar els dits deutes, quan no s'hagi reservat béns o aquests no siguin suficients. Es, sens dubte, una facultat atorgada a l'heretant per tal que pugui salvar el possible perjudici als creditors al haver pactat un heretament cumulatiu, el qual comporta desprendre's de tots els béns presents. Se segueix el principi establert a l'art. 340: "No perjudicaran els creditors del donant les donacions que aquest atorgui amb posteriori-



tat a la data del fet o de l'acte del qual neixi el crèdit d'aquells, sempre que manquin altres re cursos legals per a llur cobrament".

Si el deutor -heretant- no fa ús d'aquesta facultat d'alienar o vendre per a pagar els deutes anteriors a l'heretament, es dóna una altra via amb la qual també s'acompleix el principi de no perjudici pels creditors, establint una responsabilitat intra vires (l'hereu només respon amb els béns adquirits de present, en forma similar a quan la donació s'ha fet impositiu al donatari l'obligació de pagar els deutes del donant) (138). S'està protegint als creditors d'una impossibilitat de realització del seu crèdit, però no s'apliquen les normes de la rescissió, les quals sí s'apliquen en el supòsit regulat en l'art. 340.3, que hem trascrit a sobre. Es produeix en aquest article 340, la impugnació de tot el negoci, encara que no hagi intervingut frau (139), en canvi, a l'article que actualment estem examinant, s'estableix una responsabilitat subsidiària de l'hereu, limitada als béns rebuts de present; per aquest motiu es regula, prèviament, un benefici d'excusió a favor d'aquest.

- b) Dotar o acomodar els seus fills o donar-los carre ra o ofici. Aquesta limitació al principi d'irrevocabilitat dels heretaments ha estat, en certa manera, estudiada en parlar de l'heretament simple, amb la variant que, en el supòsit que ens ocupa, s'està referint a béns que ja són propietat de l'hereu i a l'art. 77 era una facultat que requeia sobre béns propis de l'heretant.

Cal examinar, també, la següent qüestió: que s'hagi pactat en contra que l'heretant tingui les facultats de gravar o vendre els béns. En el cas de deutes no existia cap problema, ja que si s'havia exclòs aquesta facultat els creditors



sempre tenien la via del 82.1, ara bé, què succeirà en el cas de pacte contra la facultat de dotar o acomodar? En estar configurat com a obligatori -art. 26-, encara que s'hagi pactat el contrari, l'hereu quedarà obligat a satisfer el dot, precisament per aquesta subrogació que s'estableix a l'art. 71. Quan l'heretant no s'ha reservat l'usdefruit universal, l'hereu assumeix les mateixes obligacions que pertanyien a l'heretant. Hom pot acudir també, creiem, a l'art. 82, el qual parla de deutes de l'heretant, en general, sense distingir si el seu origen és legal o contractual.

Requereix també, tal com succeia amb l'art. 77, referir a l'heretament simple, que es faci d'acord amb el poder i haver de la casa. Aquesta limitació, encara que de la redacció de l'art. 81.2, sembla referir-se a totes les finalitats, s'ha d'excloure de relacionar-la amb el pagament dels deutes anteriors a l'heretament els quals ja els hem examinat a l'apartat a).

Respecte de la finalitat de proporcionar-los carrera o ofici, com acomodar (entenent aquesta expressió com avançament de llegítima que no sigui el dot), si existeix pacte en contra, s'haurà d'entendre exclosa del tot aquesta facultat i, únicament, quan s'hagi produït la mort de l'heretant els altres fills podran reclamar la llegítima.

- c) Realitzar als béns en què hagi reservat l'usdefruit les millores útils i les reparacions extraordinàries que judiqui oportunes. L'heretament amb reserva d'usdefruit és l'heretament més freqüent i típic. En ell l'heretant conserva la direcció de la "casa". L'art. 81, no es refereix únicament a l'usdefruit universal sinó també a usdefruits de tipus singular.

La normativa que regula l'usdefruit a l'heretament la podem trobar a l'art. 65, el qual precisament estableix que l'heretant ha de consentir, a l'usdefruit, les disminucions necessàries per a que l'hereu efectui, als béns usufructuats, les obres de conservació, encara que siguin extraordinàries, i les millores útils que cregui convenientes, bo i entenen que no minvin sensiblement l'usdefruit. La disposició general ve representada per aquest article que estableix el règim normal de l'usdefruit familiar, règim que en principi és diferent, en matèria de reparacions extraordinàries, del règim normal de l'usdefruit. Efectivament, les despeses de conservació de caràcter extraordinari, és a dir, aquelles que no deriven de l'ús natural de les coses i que, endemés, siguin indispensables per a la seva conservació, sinó que essent igualment indispensables per la conservació de la cosa usufructuada no siguin resultat del deteriorament o desgastament inherent a l'ús natural d'aquella cosa, aniran a càrreg del propietari (140). En canvi, a l'art. 65, si bé l'activitat de realitzar aquestes reparacions la desenvolupa el propietari -l'hereu-, les despeses que això pugui ocasionar seran a compte de l'usdefruit, és per això que s'utilitza l'expressió "encara que siguin extraordinàries". La qüestió, tal com que da plantejada, no afecta en absolut al caràcter irrevocable de l'heretament ja que els productes de l'usdefruit són de lliure disposició de l'heretant (141).

Haver de consentir les disminucions necessàries a l'usdefruit es pot entendre, també, en el sentit que l'hereu pugui reduir l'usdefruit disposant de béns per poder atendre a les despeses extraordinàries. La interpretació més correcta sembla ser, no obstant, la primera, la qual a més es compagina més adequadament amb l'article que ens ocupa. Entenem, doncs, que la interpretació de l'apartat c) de l'art. 81, haurà de ser la següent: quan l'heretant no tingui béns sufi-

171  
2.11.11

cients de lliure disposició dintre d'aquests, com hem dit, cal entendre els productes de l'usdefruit. La limitació, com en els casos anteriors, estarà a l'autonomia de la voluntat: que no hagin pactat el contrari. En aquest últim cas, quedaria suprimida aquesta facultat.

Respecte de la legitimació per alienar, prevista en l'art. 81, es pot plantejar la qüestió de si és extensible a l'usdefruit que adquireixi el cònjuge vidu en virtut que així s'hagi acordat a l'heretament. En aquest cas, creiem que s'aplicarà la normativa de l'art. 65, sense poder acudir a la possibilitat de l'art. 81, en base a dos motius: 1) Atenent a la lletra de la llei, l'art. 81 únicament es refereix a l'heretant. 2) Per protecció del principi d'irrevocabilitat de l'heretament cal interpretar-lo en sentit restrictiu. A la mateixa solució haurem d'arribar quan es tracti d'un heretament conjunt atorgat per marit i muller a favor d'un fill comú. En aquest cas, el supervivent podrà seguir utilitzant, sempre que es donin les circumstàncies, les possibilitats de l'art. 81, només respecte dels béns que ells hagin donat en l'heretament, passant al règim de l'art. 65, per la resta de béns concedits pel seu cònjuge dels quals ell gaudeix un usdefruit vidual (142).

- d) Alimentar, en el sentit més ampli, el mateix heretant, la muller i els fills. En certa manera aquests aliments estan vinculats amb els establerts a l'art. 71, el qual recollint el pacte d'unitat econòmica familiar, que preveu pel cas que no existeixi reserva d'usdefruit o aquest s'hagi extingit per una causa diferent a la mort. L'hereu és allà l'alimentat, subrogat en lloc de l'heretant, perquè és a l'hereu a qui correspon la direcció del patrimoni familiar. Quan hi ha qui reserva d'usdefruit, en canvi, serà l'here-

tant l'obligat a mantenir a l'hereu, segons es pot despendre dels arts. 65 i 71.2. El primer d'aquest articles establint l'obligació de l'usu fructuari de prestar, amb càrrec a l'usdefruit aliment l'hereu, el seu consort i fills. El segon, la de mantenir -l'heretant- l'hereu, els seus consorts i els fills comuns (com veiem coincideixen).

Aquesta possibilitat d'alienació dels béns objecte de l'heretament, també havia estat reconeguda, històricament, per la doctrina clàssica quan el pare "pro se, aut sua familia alenda quippiam venderet" estimant que aquest tipus de venda, no solament s'havia de configurar com a vàlida, sinó que era molt recomanable (143).

Es diu a l'article compilat: "alimentar, en el sentit més ampli". Significa, això, una alteració del concepte d'aliments? Al nostre entendre, aquesta expressió, per altra banda, poc tècnica, no vol significar quelcom més que allò que es comprèn al dret d'aliments sinó únicament desmarcar-se de l'expressió no jurídica que hom podria entendre aliments com únicament assimilable a menjar -en el projecte de compilació es deia mantenir-. Per tant, el contingut que cal donar-li és el tècnic d'aliments recollit en l'art. 25.2, on es diu que els aliments comprendran totes les necessitats comunes a la vida, tant en la salut com en la malaltia (144). Tornen a sorgir aquí una sèrie de qüestions: l'expressió salvo pacte en contrari, vol dir que es pot pactar que l'heretant, que no té bens suficients de lliure disposició, no tingui dret a alienar o gravar els béns tramesos per a poder alimentar-se ell i la seva família, car aquesta és una obligació legal que ve recollida a l'art. 143 del Codi civil i que, segons es reconeix a l'art. 15 del mateix text legal, no és renunciabile ni transmissible. Per tant, en el cas que



existís aquest pacte que impedís aquesta facultat a l'heretant, l'hereu estarà obligat a proporcionar-li aliments amb la facultat, que li atribueix l'art. 149 C.c., de poder-los satisfer pagant la pensió corresponent o mant-enint a l'hereu tant a casa seva. Cal entendre, però, que l'heretant, si regia el principi d'unitat econòmica familiar -cosa que sempre és així, a no ser que existeixi pacte en contra-, ja vivia juntament amb l'hereu, i de no haver-se reservat l'usdefruit, l'hereu tenia igualment l'obligació de mantenir a l'heretant i a la seva família (arg. ex. art. 71), serà subsidiàriament, en el cas que s'ahgi exclòs aquesta pressumpció d'atorgament sota el pacte d'unitat econòmica familiar, quan s'haurà d'anar a l'obligació d'alimentar recollida en el C.c., art. 142 i sigts.

L'heretant, per poder realitzar aquests actes derivats de la facultat reconeguda en l'art. 81.2, necessita d'un complement d'actuació. Evidentment, l'heretament en ser irrevocable i havent desplegat ja una sèrie d'efectes (com és la transmissió patrimonial de la propietat dels béns presents), aquesta actuació suposarà un trencament més virulent d'aquest principi. Per això, l'heretant, ha de recabar la prèvia autorització de la persona que s'hagués designat per aquesta finalitat, als capítols matrimonials, i posat que aquesta persona no hagués estat designada o no volgués autoritzar, l'autorització correspondrà al Jutge de Primera Instància, d'acord amb el procediment de l'art. 189<sup>6.4.</sup>, al qual es regula la possibilitat que el fiduciari alieni, com a lliures, béns subjectes a la substitució fideicomissària. Aquesta autorització intenta impedir una possible alienació fraudulenta, vetllant, per tant, la injustificada disminució del contingut econòmic de l'heretament (145).

Nosaltres entenem que no únicament pot autoritzar la persona designada en els Capítols o el Jutge, sinó que el pro-



pi hereu, quan no sigui, lògicament, el designat, també pot autoritzar aquestes alienacions, precisament com a veritable i legítim titular dels béns que es volen alienar (146).

Per cloure amb les excepcions al principi d'irrevocabilitat als heretaments cumulatiu i, com veurem més endavant, també als mixtos, cal fer unes precisions: El pacte en contrari del que ens parla l'art. 81.2, únicament ens impedeix que l'heretant prengui la iniciativa a les finalitats recollides allà. D'altra banda, la limitació "segons el poder i haver de la casa", que sembla tenir caràcter general per a tots els apartats de l'article, només s'ha d'entendre referida al b) i al d), ja que, per exemple, els deutes s'han de pagar en tota la seva integritat i no pas en proporció al poder i haver de la casa. Més discutible seria, tanmateix, la inclusió dins d'aquesta limitació de la realització d'obres útils i reapariació extraordinàries.

#### c) Heretament mixt.

Igual com a l'heretament cumulatiu, al mixt, endemés de l'adquisició de la qualitat d'hereu contractual es dona l'efecte de l'adquisició, de present, de la titularitat d'uns quants béns (no tots com el cumulatiu). Seria, seguint el propi criteri de la Compilació, un heretament simple (147), amb donació singular de present.

Les mateixes excepcions al principi d'irrevocabilitat de l'heretament dites al cumulatiu, s'han d'aplicar també, aquí, i així ho fa la Compilació. S'ha de tenir cura però, que a la pràctica seran menys nombroses les ocasions en les quals tindrà lloc l'aplicació de les facultats reconegudes dins de l'art. 81, donat que en aquest article es parteix de la premisa, entre altres, de la manca de béns de lliure dispo

sició, que és més fàcil que es produeixi als cumulatiu que no en els mixtos, precisament per un més important desplaçament patrimonial que es produeix en aquells.

d) Heretament a favor dels fills dels contraents.

Com s'estudiarà en apartats posteriors, aquests tipus d'heretament reben un tractament similar a les disposicions testamentàries i, per tant, no produiran efecte si l'afavorit o afavorits no sobreviuen a l'heretant. No hi ha, per tant, institució d'hereu fins la mort de l'heretant.

Malgrat totes aquestes afirmacions, el règim de revocabilitat no és el mateix en aquests heretaments que a les disposicions testamentàries. En aquestes, la possibilitat de revocació és absoluta i essencial -art. 737 C.c.-. Als heretaments als que ens estem referint no és així, tanmateix, s'admeten unes justes causes de revocació: les establertes per la desheretació l·legitimària (les recollides en l'arts. 853 i 756, 2º, 3º i 6º del C.c). Alguns autors veuen una estreta afinitat amb el testament pluripersonal (148). Aquesta afinitat, al nostre entendre, només hi serà present quan siguin ambdós cònjuges qui institueixin hereu. Aquella concepció porta als autors que la mantenen a predicar la no aplicació de la facultat de revocar en el sentit del 87.3, quan ambdós cònjuges siguin atorgants, essent necessari l'acord mutu, de la mateixa manera que en els testaments mancomunats. La interpretació que en aquest punt estimem correcta és predicar amb caràcter general la irrevocabilitat dels heretaments purs i prelatius sigui el nombre que sigui de persones intervinents, a no ser que existeixi causa determinada. Per això, precisament, es limita la quantitat per disposar per via de llegat i s'apliquen les normes del simple.

Com hem anticipat, parlar d'irrevocabilitat en aquests heretaments se'ns fa certament difícil. En primer lloc, perquè només hi ha una expectativa i no pas una institució d'hereu, la qual sí que existeix als altres heretaments -els que es fan a favor dels contraents- i, com a conseqüència d'això, amb menys motiu, hi haurà una trasmissió de béns. Endemés, respecte de les relacions entre heretant i possible beneficiari no es donen fins la mort, amb l'acceptació un cop produïda la delació, tot el contrari que els heretaments fins ara estudiats, on, generalment, es tractava d'un veritable negoci bilateral, en el qual, excepció feta de la promesa d'heretar, intervenen, des d'un inici, heretant i hereu.

El mot irrevocabilitat ha de tenir, per tant, una significació diferent de la que hem atribuït als altres tipus d'heretament.

No havent-hi transmissió ni institució d'hereu, l'heretat segueix mantenint la titularitat dels béns, la qual cosa ens ve a indicar la possibilitat de lliure disposició dels dits béns. Tanmateix, aquesta afirmació no és del tot correcta ja que la causa matrimonial, que presideix l'heretament, converteix aquest en irrevocable. Per això, mentre no s'obra la successió i és acceptada la delació, existeix el perill que l'heretant, indirectament, buidi de contingut l'heretament distribuint els béns entre els fills o descendents no afavorits per l'heretament pur o prelatiu, d'acord amb les regles de l'art. 88 i 92. També, per aquest motiu, s'estableix el límit a les facultats de l'heretant de poder disposar només per via de llegal respecte dels altres fills o descendents no afavorits, a més de la llegítima, d'un màxim de la mitat de la seva quota legitimària (149). Aquest és un primer control de la irrevocabilitat i, al mateix temps, un límit d'ella, ja que, encara que amb quantia limitada, per-

met disposar dels béns. L'heretant, en els capítols matrimo  
nials pot haver pactat l'exclusió de la possibilitat de  
disposar d'aquesta quantitat per via de llegat (150).

A més d'aquestes facultats examinades: atribuir en  
concepte de llegat, fins al límit de la meitat de la quota  
llegitimària i la facultat de revocar, també són d'aplicació  
aquelles que la Compilació preveu per l'heretament simple  
-art. 88.2-. Podem sostenir, inclús, que precisament en el  
tractament històric les facultats que la Compilació recull  
a l'heretament simple, a les quals s'hi remet el dit art.  
88,2, eren les pròpies de l'heretament pur. La Compilació a  
aplicat, doncs, a l'heretament simple -de nul·la tradició  
històrica-, les pròpies dels heretaments a favor dels fills  
dels contraents, concretament l'heretament pur (151). Amb  
més motiu, doncs, serà plenament aplicable allò que hem dit  
referit a la no possibilitat que l'heretant disposi a títol  
gratuït, impugnació dels actes realitzats a títol oneros  
fraudulent o simulats, recollits a l'art. 75. Hi ha la di-  
ficultat, emperò, d'establir quina és la persona legítima  
da per impugnar aquests actes, ja que no hi ha hereu fins la  
mort de l'heretant. Durant la vida d'aquest, no poden és-  
ser impugnats aquests actes que infringeixen les disposi-  
cions de l'art. 75. S'haurà d'esperar la mort de l'heretant,  
moment en el qual quedarà fixat qui és l'instituït hereu,  
i, per tant, legítimat per a impugnar (152). També, no cal  
dir-ho, s'inclouran les facultats de dotar i acomodar reco-  
llides en l'art. 77.

Podem mencionar un supòsit en el qual era admesa la  
possibilitat de revocació dels heretaments fets a favor dels  
fills dels contraents, específicament als heretaments purs.  
Aquest cas d'excepció al principi d'irrevocabilitat es con-  
creta en què la muller, simultàniament amb el marit, o sense  
aquest, en capítols matrimonials fes heretament als fills



nasciturus d'aquell matrimoni i, havent quedat vídua, aportés dot, al segon marit, dels béns que comprenien l'heretament que ella havia fet (153). Aquest pacte d'heretar s'entenia contra la pública utilitat perquè "mulieres indotatae raro homines reciperent quibus nubere valerent" i en deteriorament del dot, ja que, en aquest cas, no tindria mitjans per aportar-lo. Per aquest motius era permès, segons l'opinió dels autors clàssics catalans, que la vídua aportés el mateix dot al segon marit, en perjudici de l'heretament, sempre que deixés als fills del primer matrimoni, almenys, la llegítima (154). Es feia necessària la voluntat de revocar. Si aquesta no constava, el primer heretament era totalment eficaç. La qüestió s'havia plantejat a nivell de si era necessària revocació expressa o era suficient la tàcita. Fontanella, contra l'opinió de Cancer, el qual encara que de forma contradictòria era partidari de la nul·litat del pacte que perjudicava el dot, admetia la forma tàcita de revocació (155).

La potestat de revocació de l'heretament concedida a la dona, en les circumstàncies suara dites, ho era sempre que no es fés en frau a la llei hac edictali (156).

Assentats aquests precedents, ens queda per veure que succeeix a l'actualitat. És possible de revocar en aquest tipus d'heretament? Brocà/Amell, s'havien manifestat en contra de la solució patrocinada pels juristes clàssics tot sostenint, com argument fonamental, que aquesta doctrina era contrària a la Constitució "A foragitar frauds" (157). Actualment, l'acte de constitució de dot per la dona que contreu segon matrimoni, dels béns que al mateix temps eren objete d'heretament a favor dels fills del seu primer matrimoni, és vàlid i no afecta a l'eficàcia d'aquest. El camí per a fer aquesta afirmació, en els proporciona la pròpia Compilació en base al següents arguments: 1) La propietat dels béns



resta, fins la mort de l'heretant, en poder d'aquest. Solament produirà efecte si l'afavorit sobreviu. 2) L'heretament pur té, endemés de les seves pròpies facultats, les pròpies de l'heretament simple. 3) D'entre les facultats que s'atorguen a l'heretant a l'heretament simple s'hi comprèn que sempre s'entenen atorgats amb la reserva de la facultat de dotar els fills. Aquesta expressió de l'art. 77, "dotar als fills", no s'ha d'entendre, segons creiem, limitada a aquesta sinó que no hi ha motiu per no comprendre-hi també al propi heretant quan sigui dona. Arguments en favor d'aquesta interpretació, seria, per exemple, l'aplicació analògica de l'art. 187.2, on, expressament, es permet que, dels béns de l'herència gravats en fideicomís, la dona fiduciària els pugui disposar en concepte de lliures per dotar-se ella mateixa (158). Morta aquesta, després d'haver contret segon matrimoni, és quan desenrotlla l'heretament tota la seva eficàcia. El segon marit haurà de reintegrar els béns que comprenien el dot -i ensems l'heretament- al fill o fills del primer matrimoni beneficiats pel dit heretament, donat que el dot per la pròpia dona, que ara examinem, no és un avançament de llegítima. Hom podrà dir, precisament per aquest motiu, que no s'inclou en el mencionat art. 77 i que, per tant, no tindrà la facultat de disposar-ne el concepte de dot propi.

Finalment direm que a l'heretament preventiu, precisament per la seva mateixa finalitat -evitar l'"ab intestato"- ha d'admetre la possibilitat de poguer revocar. Per aquest motiu no els menciona l'art. 87,3 i sí s'admet la seva revocació a l'art. 89, per testament o contracte successori, amb la limitació que no podrà ser revocat per un altre heretament que tam bé sigui preventiu -art. 90.

e) Heretament mutual.

En ésser una institució d'hereu contractual recíproca, entre esposos (acompleix la funció del testament mancomunat correspectiu), en principi, igual que hem afirmat pels heretaments simples, seran irrevocables, sempre que no es posin d'acord ambdós contraents. No és necessària la intervenció de la resta de persones que hagin intervingut en l'atorgament dels capítols matrimonials -art. 9,2.

Si els efectes són els de l'heretament simple, hem de reiterar, un cop més, allò que vam dir per aquells heretaments, concretament les facultats dels arts. 75 i 77 que clarament limiten el principi d'irrevocabilitat.

Finalment es contempla, a la normativa especial dels heretaments mutuels, un supòsit d'ineficàcia, integrat pel fet que el cònjuge premort deixi fills d'anteriors matrimonis -art. 95,3.

14. SUPRESSIÓ DE LA FORMALITAT DE LA INSINUACIÓ

Havent estat tractat l'heretament com a una donació, era lògic que se li apliquessin les mateixes normes que regien per aquestes. Una d'aquestes regles era la necessitat d'insinuació. No obstant, en ésser configurat com una donació amb "causa matrimoni", aquesta formalitat, igual que a la resta de donacions d'aquest tipus, com veurem posteriorment, no es feia necessària.

En tot cas, i abans d'entrar a analitzar la problemàtica històrica de la insinuació, cal advertir que després

de la promulgació de la Compilació de Dret Civil Especial de Catalunya, ha quedat totalment exclosa la necessitat que les donacions, siguin del tipus que siguin, i encara que excedeixin d'una determinada quantitat, s'hagin d'insinuar. Així ho especifica ben clarament l'art. 340, el qual ha vingut a resoldre la problemàtica, mantinguda durant molts anys, sobre la subsistència, o no, a Catalunya d'aquest requisit i, en conseqüència, l'eficàcia de les donacions no insinuades, amb la qüestió paral·lela de si l'ordenament romà era derogat per la Constitució I, 8,9,1, o coexistia amb ell (159).

El requisit de l'insinuació té el seu origen al dret romà, el qual exigia la transcripció de la donació als registres públics a fi i efecte de donar-li publicitat (160). Aquest requisit de publicitat es troba mencionat per primera vegada en un Edicte de Constantí de l'any 316 (161), confirmat posteriorment per altres disposicions (162), acabant per restringir el seu caràcter general, amb l'exclusió d'aquesta formalitat a les donacions "ante nuptias" (163) que no excedessin de la quantitat de 200 "solidi", l'any 428. Posteriorment, Justinià dispensarà de l'insinuació totes les donacions fins a 300 "solidi", anivellant-les amb les "ante nuptias" (164), elevant dos anys després, aquesta quantitat a 500 (165). Serà aquesta última disposició la que es prendrà per base a la tradició jurídica catalana.

Es interessant, a efectes dogmàtics, estudiar l'incidència que sobre aquesta institució ha tingut la causa matrimoni, malgrat que, com ja hem fet notar, l'article 340 evita que es plantegi qüestió envers aquest tema. Tanmateix, havent estat tradicionalment la causa matrimoni motor de la supressió de la formalitat de la insinuació, l'estudiarem com un efecte derivatiu més de la influència de dita causa.

S'acollia el principi romà que les donacions de més de 500 "aurei" han de ser insinuades. Jaume de Montjuic, al segle XIV, matitza que aquest principi només juga per les donacions simples, en canvi, quan es tracta d'una donatio ob causam, com és el cas de l'Usatge "Auctoritate et Rogatu" sobre el que dirigeix el seu comentari, no és necessari. Aquest Usatge només exigeix la intervenció d'alguna de les formalitats que en ell mateix es recullen -entre les quals no hi és l'insinuació-, o el jurament d'observar la donació (166). Aquesta mateixa opinió serà la mantinguda per Guillem de Vallseca, Jaume Marquilles i Tomas Mieres (167). Serà l'any 1503 quan Ferran II sancionarà una norma pròpia per a Catalunya, a la qual es recull el requisit de la insinuació (168), sense apartar-se del paral·lelisme amb la insinuació romana (169), i amb la finalitat expressa d'evitar els fraus que se solien fer per mitjà de les donacions secretes. Insinuar la donació era el mateix que fer-la pública i per aquesta publicació s'evitaven els fraus.

Es interessant fer una anàlisi d'aquesta Constitució que, com veurem, ens portarà a conclusions en certa manera contradictòries.

1. L'àmbit objectiu d'aquesta Constitució comprèn:
  - a) Qualsevol donació universal.
  - b) Les donacions que ultrapassin la major part del patrimoni, encara que no excedeixin de 500 florins (170).
  - c) Les donacions que excedeixin de 500 florins.
2. Procediment per a realitzar la insinuació. Es distingeix en aquest punt segons:
  - a) Haguessin estat fetes "entre vasalls d'alguns Barons o de Ecclesiàstic, o de altres havents

jurisdicció, e dins los tèrmens de la jurisdicció d'aquells". En aquest cas han d'ésser enregistrades i continuades a les Escribanies de les Viles i Llocs d'on era domiciliat el donant.

- b) Si les donacions eren fetes precisament pel Senyor que tenia jurisdicció, aquelles havien d'ésser enregistrades i continuades al cap de la Vegueria de la Ciutat, Vila, Lloc, on tenia el donant el domicili principal.
- c) En els altres casos, ho eren a les Corts dels Ordinaris, en el Cap de Vegueria on dites donacions eren fetes.

- 3. Es crea especialment, en aquesta Constitució un Llibre sota el títol "de donacions e heretaments".
- 4. L'incompliment d'aquesta norma provoca que si les donacions no són continuades deu dies abans del préstec o contracte no puguin perjudicar els creditors censalistes, ni altres que tinguin els seus crèdits en cartes o albarans, encara que si guin posteriors.
- 5. S'exceptua als heretaments de l'àmbit d'aplicació de la norma. "Empero no sien entesas en la present, donacions que es fan per contemplatio de Matrimoni, continuadas en los Capítols Matrimonials, si aquell sortirà son efecte."

Del desglossament que hem fet de la Constitució de 1503, es detecten les següents contradiccions:

- 1a) D'entrada sembla que els heretaments entrarien dins de l'àmbit de la Constitució, ja que era opinió comú, a



- 11 -

la doctrina, configurar l'heretament com una donació universal. Tanmateix la pròpia Constitució exclou expressament les donacions que es fan per contemplació de matrimoni, dins de les quals també s'inclou l'heretament.

2a) En un principi sembla que els heretaments en ser una donació "causa matrimoni" no s'han d'insinuar. No obstant, la pròpia Constitució crea un llibre especial en el qual han de constar les insinuacions amb el títol "De donacions e heretaments".

La contradicció fonamental, doncs, és la intitulació del llibre-registre com d'heretaments, quan sembla ser que la mateixa constitució els exclou. L'opinió que els heretaments no s'havien d'insinuar era unànim en tota la doctrina, la qual cosa estava d'acord amb la pròpia condició d'ob causam dels heretaments (171), paral·lelament amb allò que establiria el dret romà. Cancrè recull expressament aquesta opinió en dir que les donacions fetes en capítols matrimonials, tant "ex causa dotis" com "donatio propter nuptias", ni pel dret especial de Catalunya ni pel dret Comú s'han d'insinuar (172).

Quin és el significat que cal atribuir als termes donacions "ex causa dotis" i donacions "propter nuptias"? Si aquestes expressions s'han d'entendre en el seu sentit estricte, és a dir, en el romà, hauríem d'arribar a la conclusió que els heretaments no vénen beneficiats per la supressió de la formalitat de la insinuació. En canvi, si el sentit que es dóna a aquestes expressions és l'ampli -de tota donació per causa de matrimoni- lògicament s'hauràn d'excloure.

D'un examen pràctic dels heretaments es pot veure clarament que no eren insinuats ni que passessin de 500 florins, encara que, en ocasions, per major cautela ho eren (173).

Hem de cloure aquest apartat afirmant la diferent harmonització de les dues afirmacions antitètiques: la creació del Llibre encabçalat sota la rúbrica "de donacions i heretaments", quan sabem que era comunment admesa l'opinió de la no necessitat d'insinuació dels heretaments, i més quan la finalitat que es persegueix amb la insinuació és la publicitat del negoci de donació (174), publicitat que també s'arriba a aconseguir -pel que fa als heretaments- pel fet d'haver estat atorgats en escriptura de Capítols matrimonials com reconeix la pròpia constitució en fer la salvetat "...empero no sien entesas en la present donacions que es fan per contemplació de Matrimoni, continuades en los Capítols Matrimonials si aquell sortira son efecta..." (175).

#### 15. CONVALIDACIÓ DE DONACIONS PROHIBIDES

Existien, al règim romà, una sèrie de donacions que estaven prohibides per raó dels subjectes intervinents.

Cal parlar, en primer lloc, encara que directament no estiguin vinculades amb els heretaments, de les donacions entre marit i muller. En principi, la prohibició és recíproca, amb tot i que a la pràctica siguin molt més freqüents, i més sovint contemplades en les fonts, les donacions que el marit fa a l'esposa (176).

Una altra prohibició afectava a les donacions entre el pater i el filius familias in potestate. De la mateixa manera que la donació entre cònjuges, era sancionada amb la nul·litat. Es partia del principi que no era possible una relació patrimonial entre el pare i el seu fill constituït sota la se

va potestat. Malgrat la prohibició, aquest tipus de donacions eren bastant freqüents a Roma i amb la decadència de la Patria Potestat, la nul·litat ja no respon a la conciència jurídica. S'admet que la donació es convalida quan el pater hagi mort sense haver-la revocat i també quan el fill sigui emancipat, configurant-la com una donació "mortis causa" (177).

Ambdues prohibicions havien estat qualificades com inútils ja que la donació en aquestes circumstàncies era totalment impossible i no li podia ésser atribuïda cap efecte. La muller no podia donar al marit perquè res no tenia. El marit no podia donar a l'esposa perquè seria donar-se a si mateix. Idèntica afirmació es podia fer respecte del filius familias, el qual, necessàriament, adquiria pel seu pater (178) de la mateixa manera que l'esclau adquiria pel dominus.

D'aquestes prohibicions abans esmentades, a l'ordenament jurídic, es manté la prohibició de donacions entre cònjuges -art. 20 a 23 Ca. Cat.- (179), encara que mantenint la seva validesa quan siguin fetes en capítols matrimonials. Una vegada més és el matrimoni qui altera el règim normal d'una institució, en aquest cas la supressió d'una prohibició. Respecte de les donacions fetes pel pare a favor del fill que encara està sota la seva potestat, es pot afirmar que ha desaparegut aquesta prohibició. Veiem que a l'art. 14,2 es parla, sense objecció de donacions fetes pel pare a favor dels fills i, també, sense distingir si són donacions per causa de matrimoni o no.

Unicament es pot detectar certa reminiscència d'aquesta prohibició a l'art 8 in fine interpretat "a sensu contrari". En aquest article es diu: "No caldrà la intervenció de defensor judicial, encara que hi hagi oposició d'interessos a les donacions o dots que els pares facin a llurs fills amb reserva de drets". (180). Vol dir, doncs, que, fora de capí-

tols matrimonials, sí que serà necessària la intervenció de defensor judicial a les donacions que els pares facin a llurs fills amb reserva de drets. En el nostre cas és el matrimoni el que aparta l'exigència de l'article 165 del C.c. (181).

Anteriorment, amb la recepció del dret comú, s'incorporà, també, al nostre ordenament -llavors vigent-, la prohibició de donacions del pare al fill, la qual cosa va produir un xoc frontal amb els heretaments, els quals havien estat construïts com una donació en la que, normalment, els subjectes intervinents eren pare i fill. Tanmateix, això no vol dir que els heretaments no es poguessin atorgar entre persones que no tinguessin aquesta relació paterno-filial, com ja havia reconegut la constitució "a fo ragitar fraud" (182), i actualment admet l'art. 63 (183).

Que la relació jurídica d'heretament es donés normalment entre pare i fill està íntimament vinculat, ja des del seu origen, amb el sistema d'explotació de la terra. La unitat d'explotació ben sovint s'identifica, i sens dubte en la majoria dels casos, amb la propietat de tipus familiar (184). L'heretament facilita la continuació de l'explotació familiar ensems que la divisió d'aquell patrimoni.

Com ja hem pogut veure en apartats anteriors, els primers textos en els quals sembla recollir-se els heretaments, els configuren com una donació feta pel pare al fill. Aquest és el cas de l'Usatge 76 "Auctoritate et rogatu". Després de la recepció del dret comú, l'estructuració de l'heretament com a donació del pare al fill trencava amb els esquemes romans, els quals no admetien (185), específicament aquesta donació. Així ho evidencia clarament la Glossa Ordinària dels Usatges, encara que per apartar la dita prohibició no s'acull a la causa matrimoni sinó als modes feudals que es descriuen a l'U. 76, per a fer irrevocable la dona-



ció (186). En uns casos, doncs, serà l'especial normativa feudal l'encarregada d'apartar la prohibició -per exemple l'usatge al.ludit-, per mitjà d'aquelles quatre maneres de fer irrevocables: "recipiat eum ad hominem manibus commendatum, aut donet ei potestatem de castro, aut comendet ei castellanum de castro...", i, posteriorment, amb el declivi del règim feudal serà la causa matrimoni la qui de senrotllarà aquest paper.

En efecte, havent decaigut ja el règim feudal, tots els autors palesen una superació de la prohibició romana, de donació del pare al fill en potestat. Marquilles, a mitjans del segle XV (1448), comentant l'expressió "potestate patris constituto" de l'U. 76, estableix ben clarament la validesa del dot i de les donacions "propter nuptias", feta als fills constituïts en potestat pel favor matrimoni, en virtut del qual pot fer donacions i pactar als fills seus que encara no hagin nascut (187).

Aquesta opinió serà seguida posteriorment per la totalitat dels autors, els quals, una vegada més, remarquen no tant l'exclusivitat de la causa matrimoni, com el caràcter general de donatio ob causam, en la que s'inscribia l'heretament. Per exemple Cancer (188), respon a la pregunta de si és vàlida la donació feta pel pare al fill constituït en potestat, en base al caràcter o no de donació ob causam o donatio simplex. La primera és vàlida, al mateix temps que no ho és la segona. Fontanella, partint de la nul.litat de la donació feta pel pare al fill, ha de fer les salvetats pertinents per a poder incloure l'heretament dins de l'esquema romà. La primera excepció que aparta aquesta prohibició és "quod facta fuit haec nostra donatio favore et contemplatione matrimoni proximo contrahendi valida est omnino" (189).

Aquest camí -la causa matrimoni-, sembla ser la via més important per a poder suprimir la prohibició de les dona-



cions entre pare i fill, malgrat que tot i sent el més important no podem oblidar que no és l'únic. En aquest sentit, veiem com s'havia acudit a la via del costum tradicional català que les venia admetent. Hi havien també altres tècniques que podien ésser utilitzades, i de fet ho eren, per obviar la prohibició: la primera era el jurament, el qual en algunes ocasions era un instrument de confirmació dels actes nuls, sempre que aquests actes no estiguessin contra el dret natural i diví, encara que anessin contra el dret civil (romà i canònic). L'opinió respecte del paper que podia tenir el jurament, no havia estat mai unànim en tots els autors, sinó discutida (190). Cancer afirmava: "donatio inter patrem et filium cum iuramento valeat, licet multi dissentiant" (191).

Un altre camí per apartar la prohibició de la dona ció feta al fill constituït en potestat era la Constitució "Statuumus etiam sancimus" donada per Pere III a les Corts de Perpinyà de 1351 (192), a la qual es disposa que els fills o filles, néts o nêtes, o qualsevol altre descendent constituït en potestat del pare o avi o ascendent respectiu, col·locant-se en matrimoni, amb la voluntat d'aquells que ostenten la potestat, queden "ipso facto" emancipats (193). L'argumen tació per admetre aquest altre camí dins del dret històric passa per les següents consideracions:

- I.- La donació feta pel pare al fill que està sota la seva potestat, en principi, i prescindint de la trascendència de la causa matrimoni, si el pare no l'ha revocat expressa o tàctitament, es confirma per la mort del pare (194), amb els següents requisits:
- a) La tradició de la cosa donada.
  - b) La perseverància, fins la mort, de la voluntat del pare donant.
  - c) La supervivència del donatari al donant.

II. Aquesta donació es confirma si el pare emancipa el fill sense haver revocat la donació, tal com estava estipulat al dret romà (195).

III. Que si, a Catalunya, pel contracte de matrimoni amb consentiment del pare es treu al fill de la potestat del pare i, per tant, es té per emancipat, la donació que el pare hagués fet al fill abans del matrimoni, s'entendrà confirmada per la celebració d'aquest.

Així i tot, hem de dir que aquesta Constitució, única del títol d'emancipacions, per si sola no seria suficient, ja que entretant es feia la donació el donant/heretant podia revocar-la. En canvi, la particularitat que ofereix la causa matrimoni és convalidar la donació del pare al fill al mateix temps que la fa irrevocable, la qual cosa no es produiria si solament quedés pendent de confirmació per a la celebració del matrimoni posterior que havia de produir l'emancipació.

## 16. EL PAPER DEL MATRIMONI A LA DONACIÓ UNIVERSAL

### CONFIGURADA COM HERETAMENT

Abans d'entrar en la matèria específica dels heretaments, hem de delimitar què s'ha d'entendre per donació universal. Aquesta expressió pot prendre dos significats:

1) Referit a tots els béns presents o una quota d'aquells; i

2) Entendre-hi inclosos els béns futurs.

Quan es parla que l'ordenament romà prohibia les donacions universals, no podem pensar que es referia al primer significat, encara que presentés la dificultat que la traditio i la mancipatio -formes ordinaries de la donació-, s'aplicaven només a coses determinades i no a conjunts de béns considerats com una unitat ideal. En aquest punt, la solució era acudir a la tradició separada de cadascun dels béns que formaven la universalitat (196). En el segon cas, és a dir, quan la donació comprenia no sols els béns presents sinó també els futurs s'entenia en aquell ordenament que es tractava d'un acte nul, per entendre'l referit a un pacte de futura successió, pel qual semblava que el donant renunciés a la facultat de testar. Endemés, seguint el criteri abans establert de necessitat de tradició, era impossible la tradició dels béns futurs, que únicament quedarien fixats en el moment de la mort del donant (197).

Partint d'aquesta base hem d'assenyalar -igual que hem fet en parlar del paper del matrimoni a la supressió de la formalitat de la insinuació i de la convalidació de la donació del pare al fill que està sota la seva potestat- que aquesta prohibició romana també xoca frontalment amb els heretaments (donació universal de béns presents i futurs). Aquest és el motiu pel qual s'han d'harmonitzar ambdós ordenaments.

Els heretaments, que en realitat de sempre han estat pensats com un veritable tipus de successió contractual, encara que rebessin el tractament de donació, no encaixaven amb aquell ordenament romà. En efecte, podem veure com ja al segle XV es parlava, en matèria feudal, de tres formes de succeir els fills o nêts a llurs ascendents:

1. "ex testamento".

2. "ab intestato".

3. "per donationem hereditaria" (198).

La única manera de conciliar la institució dels heretaments amb els principis de dret romà assumits amb la recepció del dret comú a Catalunya era fer servir la donació universal. Ja ha quedat dit però que l'ordenament romà únicament admetia la donació de tots els béns presents sense possibilitat d'incloure-hi els béns futurs. Per tant, i malgrat tots els esforços, seguia estant sense comptabilitzar ambdós ordenaments, motiu pel qual s'havien de buscar altres solucions. Certament la funció de l'una i l'altra no és la mateixa: l'heretament pretenia, a la pràctica, instituir hereu en la persona de l'heretat o donatari, en canvi, la donació universal de tipus romà no podia ser mai considerada com una successió per universitatem assimilada a l'herència. La primera conseqüència d'aquesta regla era que els diferents drets de propietat havien de transmetre's específicament per mitjà de la tradició i en conseqüència havien de quedar fora els béns futurs.

Per intentar de salvar aquestes successives contradiccions i per tant fer vàlids els heretaments d'acord amb la legislació romana, els autors recorren a la possibilitat que el donant (heretant), s'hagi reservat una certa quantitat per a testar (199). Aquests autors, havien actuat sense considerar els textos legals catalans, que mai havien posat obstacle a la possibilitat d'admissió de la donació universal de tots els béns presents i futurs dins de l'ordenament jurídic català. Va ésser la prouja romanista dels tractadistes dels segles XV a XVIII, la que va fer ignorar el dret propi català en matèria d'aquestes donacions o heretaments, influint, fins i tot, a la jurisprudència del Regi Senat de Catalunya i a la pràctica notarial (200). En efecte, existien dos textos en els quals s'admetia -contra el dret romà- la possibi-

litat de la donació universal, àdhuc, en algunes ocasions s'emprava expressament l'expressió béns futurs. Aquests textos són:

1. Usatge 79. Possunt etiam. En ell es reconeix la possibilitat que els prínceps, magnats i cavallers puguin donar a qui voldran "illum (honorem) quem expectant sibi iuste venire in appercione post mortem alicuius possessoris".

Es tracta evidentment d'una donació de béns futurs. Malgrat tot, els comentaristes d'aquest Usatge restringeixen aquesta possibilitat només als subjectes enumerats en el dit Usatge (201).

2. La costuma de Catalunya I,8,9. Es refereix genèricament a una donació universal. No parla de l'induïció dels béns futurs, però de la mateixa manera tampoc la impossibilita.

A les darreries del S. XIX, Broca / Amell, sostenien que aquesta consuetud trencava amb la prohibició romana de la donació universal (202).

3. La Constitució "per tolre fraus" (I,8,9,1), on expressament es parla de donacions universals o de la major part del patrimoni.

Dels textos examinats el més clar sembla l'Usatge 79, en el qual es fa una específica referència als béns futurs, admetent la validesa de la donació que els comprèn, bé que circumscrites al camp purament feudal. No podem oblidar que aquest és un dels Usatges assenyalats comuntment com a font originària dels heretaments i que, per tant, l'admissió de la donació de béns futurs, precisament per estar admesa en un text d'aquestes característiques, pren més importància de cara a la justificació de la nostra ins



titució. Als altres dos textos enumerats -Costuma (I,8,9) i Constitució (I,8,9,1)- únicament podem dir amb certesa que admeten la donació universal referida segurament als béns presents sense prohibir tampoc -ni expressament, ni tàcita- la donació que compregui els béns futurs (203).

L'opinió comuna d'al.legar la   stipulatio hoc modo concepta (D.45,1,61) (on és deia: "Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio"), havia estat rebutjada per Fontanella, encara que en diversos llocs de la seva obra no semblava que fos aix  (204). Aquest autor, manifestant un pregon coneixement de la legislació romana i fent una interpretació personal crítica del fonament legal de la prohibició (205), sostinguda per la resta d'autors els quals es manifestaven per la no admissió de l'heretament o donació universal, principalment en base a dos arguments:

1. Que treien la lliure facultat de testar.
2. Que induia a desitjar la mort del donant/heretant.

Ambdues provenien de la més comuna interpretació de, l'abans citada, llei del Digest i del comentari que sobre ella havien fet els més prestigiosos comentaristes del dret comú (206). La crítica de Fontanella a la interpretació d'aquesta llei passa per destruir aquests dos impediments a través d'un estudi interpretatiu nou sobre la llei al.legada comunment. Reproduirem aquest estudi per la importància que comporta que aquest jurista sigui l'única nota dissonant en permetre d'harmonitzar la institució objecte del nostre estudi amb el seu contingut real: la possibilitat de disposar en vida dels béns futurs.

Parteix de l'afirmació que al nostre dret (207) no existeix un text que prohibeixi la donació universal, encara

que els doctors, comunment, en favor de la prohibició al.leguin D.45,1,61, perquè si s'estudia detingudament -segueix dient-, aquesta llei contempla casos diferents de la donació universal.

Pel que fa a l'objecció que la donació universal suprimeix la llibertat de testar fa un estudi comparatiu del text del Digest i la donació universal:

- a). Al D.45,1,61: Realment en aquest text s'impedeix la llibertat de testar perquè es configura com una pena o sanció: Si no em fas hereu m'has de donar tant. Es veu doncs que el "promissor" s'ha obligat a instituir hereu a una determinada persona.
- b). En canvi, a la donació universal el donant no pensa instituir hereu a una persona determinada, en virtut d'algun pacte, sinó que es prohibeix disposar dels béns donats d'altra manera. Aquest cas no significa -segons Fontanella- que tregui la facultat de testar ja que si realment fos així, idèntics criteris s'haurien d'aplicar a les donacions que només tenen com a objecte alguns béns o tot els béns presents. Efectivament, per aquestes donacions igualment s'impideix als donants disposar dels béns donats d'una altra manera (208). Es val també com a argument, encara que molt menys tècnic, d'una pregunta: si hi ha lleis que poden coartar la llibertat de l'home, no es podrà, per pòpia voluntat, coartar la llibertat d'un mateix? (209).

L'altre objecció plantejada era induir a desitjar la mort del donant. A aquesta, segons l'autor que seguim, li manca també fonament (210). Es destrueix perquè la possibilitat d'induir a captar la mort del donant es pot predicar

de qualsevol donació. Per exemple, el donatari de la meitat dels béns futurs pot desitjar la mort del seu donant i, tanmateix, aquesta donació no era reprovada. També a la donació amb reserva d'usdefruit o certa cosa per a testar.

Fora d'aquestes dues objeccions tradicionals, podem trobar un altre tipus d'oposició: la donació/heretament, que estem estudiant és prohibida perquè donar tots els béns presents i futurs és el mateix que donar l'herència i donar l'herència està impedit en diversos textos del Dret Romà (211). Aquesta opinió tampoc era de la satisfacció de Fontanella, ja que si la donació d'herència s'assimila a la donació universal de tots els béns presents i futurs, per quina raó és prohibida la donació d'herència?

Sigui com sigui, la realitat és que els juristes tant des del vessant del punt de vista teòric, com els notaris exigien, als heretaments, la necessitat de l'existència d'una reserva per a testar i pel cas de que aquesta no existís, extenien la invalidesa de l'institució àdhuc als béns presents, seguint el principi "si non valet quod sit ultra, non valet etiam quod sit intra" (212). El jurament, en aquest cas, no acomplia el valor de clàusula "omni meliori modo", perquè la donació universal de tots els béns presents i futurs era qualificada com atemptatòria als "bonus mores naturales" (213).

Per intentar de no caure en aquesta prohibició s'havia de fer un estudi exhaustiu de totes les expressions més comunes utilitzades per atorgar heretament (214). Les normes interpretadores que els autors utilitzen respecte de cadascuna de les expressions són:

- 1a) Quan al document s'utilitzava l'expressió "donaverunt dicto filio suo omnia bona sua mobilia et in mobilia ubique sint, et caetera, retento..." Uni-

cament s'havien d'entendre compresos els béns presents i no els drets i béns que es poguessin adquirir després (215).

2a) Si hom utilitzava la frase "faciunt haereditamentum" o "faciunt donationes", sense afegir béns presents i futurs, únicament s'havien d'entendre compresos els béns presents (216).

3a) Quan s'havia fet servir concretament l'expressió "universal de tots els béns presents i futurs". S'havia de distingir segons si el donant s'hagués reservat o no alguna quantitat per<sup>a</sup> testar.

S'introdueix aquí, com ja hem anticipat més amunt un element subsanador de la prohibició. Reservar-se quelcom per testar implicava la no supressió de la lliure facultat de testar, la qual sí que es donava quan la donació universal era feta sense aquesta reserva. La manca, doncs, d'aquesta reserva implicaria, segons quina posició s'adoptés, la seva invalidesa, en la que alguns incloïen, com hem vist, àdhuc els béns presents.

4a) Quan malgrat que s'utilitzés l'expressió "béns presents i futurs", no fos emprat el mot "universal". Les possibles solucions a donar eren dues: a) Afir<sup>mar</sup> que amb aquesta expressió no es treia la lliure facultat de testar perquè el donant/heretant podia testar dels seus objectes personals, que no s'entenien compresos a la donació.  
b) Assimilar-la, en tot, a l'expressió 3a, i per tant, decretar la seva invalidesa, en el cas que el donant/heretant no s'hagués reservat res per a testar (217).

5a) Quan únicament fós emprat el mot "donació universal", la solució venia a ser la mateixa que en els dos su

pòsits anteriors. Invalidesa sempre que no s'hagués reservat quelcom per testar (218)..

Amb tota aquesta problemàtica plantejada, la realitat és que a la pràctica la fórmula més corrent era utilitzar la completa "donació universal de tots els béns presents i futurs", amb la corresponent reserva per a testar (219).

Amb el decurs del temps anirà minvant la dèria romanista. Serà la jurisprudència la que obrirà camí vers un progressiu abandonament de l'opinió que entenia necessària la reserva per a testar, concretament la Sentència de 4 de maig de 1859 (220). Aquesta sentència, no obstant, va ésser combatuda per un sector doctrinal molt representatiu, argumentant que el Tribunal Suprem no havia tractat, en aquesta sentència, de contradir la doctrina de la reserva per a testar a les donacions de tots els béns present i futurs (221). Posteriorment seguí la Sentència de 26 de juny de 1869 (222), la qual encara que directament no s'ocupa de la necessitat o no de la reserva, sí que ho fa de passada, en dir que a les donacions atorgades entre pares i fills, a Catalunya, no tenen altre limitació que la de no perjudici de creditors ni de la llegítima dels fills.

Malgrat aquesta postura jurisprudencial, els autors dels segle passat seguien estant dividits respecte de la necessitat de reserva, inclús a les derrees de segle (223). Fou però, a la Resolució de la Direcció General de Registres, de data 4 de febrer de 1911, provocada per l'il·lustre juriste gironí Saguer i Olivet, la que motivà que aquest escrivís una petita monografia sobre la reserva per a testar (224), on més clarament s'establí la no necessitat de la dita reserva a les donacions universals/heretaments, essent aquest el punt de partença per a una rotació de les posicions doctrinals respecte d'ella. Aquest tomb ja l'havien intentat anteriorment Brocà i Amell, en posar de manifest la no exis-



tència d'una norma que establís aquella necessitat, encara que finalment es decantaven per l'opinió de l'Audiència en la qual sí que se seguia aquesta exigència (225). Brocà l'any 1918, ja recollirà la nova tendència marcada pel Tribunal Suprem i per la D.G.R.N. en dir: "La moderna jurisprudencia tiende a no considerar la reserva para testar como requisito para la validez del expresado heredamiento; más, no deja de consignarse en las escrituras de Capítulos matrimoniales" (226).

Es evident que l'abandonament de les posicions que sostenien la necessitat de la reserva per a testar, perquè els heretaments fossin plenament vàlids, és paral·lel amb l'opinió, cada cop més forta, de considerar als heretaments com un específic tipus de successió contractual i, per tant, considerar l'heretat com un autèntic hereu. En certa mesura, els juristes, que podríem catalogar com a clàssics, havien parlat d'alguns supòsits en els quals es podia substituir la reserva per a testar. És simptomàtica, primerament, l'afirmació que la reserva per a testar desplejava la seva eficàcia -convalidar la donació dels béns presents i futurs-, encara que l'heretant disposés d'aquesta reserva en vida sense restar-li res de que disposar en el moment de la seva mort. (227). També hi havia unanimitat en afirmar que la reserva d'usdefruit equivalia a la reserva per a testar, perquè podia testar dels fruits (228). No menys sorprenent era la declaració que la quantitat de la reserva per testar podia ésser insignificant (229), la qual cosa venia a demostrar, ja en aquell temps, un primer pas en la supressió d'aquest requisit.

A la Memoria de l'il·lustre jurista català Manuel Durán i Bas, primer intent de regulació sistemàtica dels heretaments, se segueix considerant els heretaments com a donacions, admetent, expressament, la possibilitat que comprenquin els béns futurs (230), en contra, com hem vist d'allò

que havia establert la doctrina tradicional catalana.

Actualment, a la Compilació, malgrat que es reguli i configuri l'heretament com una figura independent, hom pot detectar encara, una reminiscència de la conformació de l'heretament com a donació, això passa, precisament, a l'article 68, quan diu que la donació universal (de tots els béns presents i futurs), produirà l'efecte d'heretament. A pesar d'aquesta continuació del binomi donació/heretament s'ha produït un gir de 180 graus respecte de la forma en què havia estat regulat tradicionalment. El significat d'aquest gir, passa per les següents coordenades:

- 1a) Se suprimeix expressament la necessitat de reserva per a testar, requisit que al dret anterior era de validesa dels heretaments, ja que s'havia convertit en l'eix vertebrador de tota la institució, en el sentit que era la reserva per a testar la que possibilitava la compaginació de l'heretament amb el dret romà (231).
- 2a) A la resta de donacions universals, és a dir, aquelles que son fetes fora de capítols matrimonials se segueix mantenint la seva invalidesa. Concretament, a l'art. 340.2, s'afirma: "Seran nul·les les donacions universals fetes fora dels capítols matrimonials". Per tant, suprimida l'exigència d'aquesta reserva i ensems suprimida la prevalència del favor testamentum front qualsevol altre (232), la validesa de les donacions universals ja no dependrà del favor testamentum, sinó de la seva relació amb el matrimoni. Es dóna per tant una total preponderància al favor matrimoni, sobre el favor testamentum, ja que la sussecció queda admesa i assegurada per la via de l'heretament. Es necessita, doncs, una causa matrimoni -contret o per contreure.

A la confluència d'aquestes dues institucions -heretament/donació universal i matrimoni-, antigament, alguns autors ja havien opinat que la donació dels béns futurs feta per causa de matrimoni, era perfectament vàlida, sobre tot a França, Aragó, Itàlia i Alemanya (233), i sorprenentment no havien entès que aquest costum estés vigent a Catalunya, i més quan dos dels tractadistes estrangers més seguits a la nostra terra sobre aquesta matèria -Berenarius Fernandus i Anthonius Faber-, l'admetien a les seves obres (234). D'aquesta manera afirmava Fontanella que el dit costum no regia a Catalunya sinó quan de la clàusula on s'hi contenia aquesta donació es podia interpretar ben clarament que no venien inclosos els béns futurs sinó tan sols els presents, en virtut dels criteris interpretatius ja assenyalats amb anterioritat (235), mantenint-se aferrissadament dins del marc estricte del dret romà.

3a) L'article 340.2 està en perfecte consonància amb allò que disposa l'art. 63, de limitar la possibilitat d'atorgar heretament tan sols en Capítols matrimonials i amb relació amb el també citat 68.2.

Endemés, l'art. 68.2, proporciona una norma interpretativa de què és allò que s'ha d'entendre per donació universal: "La donació serà universal quan es consignï expressament que comprèn tots els béns presents i futurs o aquells que l'heretant deixi en morir. La simple exclusió de coses concretes i determinades o de parts indivises no afectarà la universalitat de la donació." Per tant, l'element fonamental de la configuració de la donació universal, és que s'hi continguin els béns futurs. D'aquesta manera quan l'art. 340.2 parla de donació universal, s'han d'incloure únicament, dins d'aquella prohibició les del art. 68.2., però atorgades fora de Capítols, i, en canvi no s'inclourà dins de la prohibició de la donació universal, entesa aquesta només dels béns presents.

4a) Aquesta possibilitat, amb caràcter general, de la donació dels béns futurs s'admet també en el C.c. (art. 1341), vinculada així mateix al matrimoni. En el nostre dret, però, té una anotació molt més àmplia. Al Codi civil també es parteix de la regla general de prohibició de les donacions dels béns futurs (art. 635), admetent com excepció la ja mencionada del 1341, però amb la particularitat que queda restringida, quan als intervinents siguin esposos o futurs esposos, a més de la diferència quantitativa respecte dels límits. Així, en referència al Codi civil el límit serà les dues terceres parts, mentre que l'ordenament català serà la quarta part (236).

#### 17. POSSIBILITAT D'HERETAMENTS A FAVOR DELS FILLS QUE ENCARA NO SÓN CONCEBUTS

Els heretaments es poden dividir en dos grans grups: Heretaments a favor dels contraents i Heretaments fets per aquests a favor dels fills que naixeran. Ambdós tipus, com ja hem dit en vàries ocasions, havien estat configurats tradicionalment com a donació, encara que, en aquests últims es feia molt més difícil amagar el caire successori que impregnava la institució.

L'aplicació als heretaments de les normes de les donacions, ensopegava, pel que fa als heretaments a favor dels fills dels contraents, amb la dificultat que no era possible, en principi, que els fills encara no nats no podien ser beneficiaris de la donació (237). Ja havíem al·ludit, encara que tangencialment, en parlar de l'acceptació dels heretaments, concretament en aquells que es fan a favor dels

fills que naixeran, al problema que suposava llur absència del món físic. Només cal recordar, a aquests efectes, que per solucionar el problema plantejat s'acudia a la ficció que el notari acceptés pel no nat.

Els no nats podien ésser beneficiaris de l'heretament no únicament en el cas que els heretants fossin els contraents sinó, com veurem en un apartat posterior, quan els pares dels contraents o un tercer cridessin els fills no nats per després dels pares. Serà a aquest punt que els juristes hi dedicaren una més important atenció. Efectivament, Fontanella en referir-se a aquestes qüestions ho fa tenint present l'heretament que fa el pare a favor del fill contraent i dels seus fills -supòsit, per altar banda, molt freqüent- i no del que fa el pare contraent a favor dels fills que tindrà, per bé que, en algú moment, sembla parlar en referència a ambdós. En aquest sentit podem trobar que l'harmonització de l'heretament amb la donació romana, a més de les objeccions ja estudiades en apartats anteriors, això és, que es tracti d'una donació de pare a fill, que compregui els béns futurs s'hi pot afegir, segons els casos, que el mateix "ius commune" prohibia les donacions a persones que encara no haguessin nascut (238), sostenint com base de l'argumentació, tant textos de dret romà com de dret canònic (239).

Per una millor comprensió del problema distingirem entre les dues formes de manifestació els futurs fills als heretaments:

- 1a) Heretament fet per l'avi -o un estrany- a favor del fill contraent i dels seus fills (néts de l'heretant). En aquest cas, ja que els néts encara no havien nascut, ni tampoc no havien estat concebuts, eren cridats en segon lloc, després dels pares contraents.



Respecte d'aquest primer punt, l'obstacle que pre\_  
visiblement el beneficiari de l'heretament o donació univer\_  
sal fos un no nat, quedava superat pel fet que, a les dona\_  
cions, només és necessari el consentiment --acceptació-- en\_  
tre els contraents (cal recordar que aquests autors partien  
de l'afirmació de la natura contractual de la donació) i no  
és necessari que els tercers (possibles beneficiaris), ac\_  
ceptin la dita donació. En aquest cas, els futurs fills  
del matrimoni serien els tercers beneficiaris (240), mante\_  
nint, si més no, la ficció que el pare i el notari havien  
acceptat pel fill nasciturus (241).

Aquesta clàusula s'entenia com una substitució fi\_  
deicomissària, els fills de l'heretat s'entenien cridats per  
ordre successiu i no com substitució vulgar, ja que no era  
incert si el fill contraent (heretat ) seria o no hereu o do\_  
natari (242), afirmació que no es podia aplicar quan s'esta\_  
va davant d'un testament. En aquest, si una persona instituia  
hereu el seu fill i els fills d'aquell, únicament s'entenia  
cridat aquell amb exclusió dels seus, els quals solament en\_  
trarien per la vulgar (243).

Aquest esquema no té aplicació a l'ordenament ac\_  
tual ja que s'ha produït una unificació d'efectes tan respec\_  
te de l'heretament -art. 69-, com de la successió testamen\_  
tària -art. 113.1- (quan apareix inserida la dita clàusula).  
Aquesta unificació passa per atribuir a aquella clàusula, en  
tot cas, el caràcter de substitució vulgar, sense distingir,  
per tant, si es tracta d'un testament o d'un heretament. Tot  
això derivat de la desaparició, a la nostra compilació, del  
fideicomís tàcit (244).

- 2a) Si bé totes les afirmacions vessades anteriorment es po\_  
dien predicar quan els fills fossin designats com a subs\_  
titus fideicomissaris del pare, o, a l'actualitat,  
com a substituïts vulgars, segons criteri del 69.1,

es fa més difícil respecte de l'heretament fet pels contraents a favor dels fills que tindran. En aquest cas, els fills "nasciturus", o, normalment, "concepturus", intervenen directament com a subjectes al negoci. No serà vàlid aquí l'argument que els tercers no han d'acceptar la donació per què aquesta sigui vàlida, ja que aquí els fills no són tercers sinó beneficiaris directes del negoci. En canvi, si seria aplicable, i de fet era una de les solucions en aquell temps, que el notari acceptés en nom seu.

Malgrat tot, és en aquests casos on realment té la seva aplicació el principi abans anunciat que no es pot donar a aquell que en temps de la donació encara no havia estat concebut, precisament per la manca d'acceptació d'aquest. En aquest cas, serà una vegada més el favor matrimoni la que farà apartar d'aquesta regla general a les donacions que es fan per causa de matrimoni. És molt expressiva la frase de Francesc Moli, el qual tot referint-se a la validesa d'aquest heretaments ens diu: "... adducitur ratio qua pactum hoc validum possit iudicari, quia igitur de favore matrimoni, qui maximus est" (245).

Després de veure que el matrimoni obra la possibilitat d'atorgar heretament (donació) als fills no concebuts, ens hem de preguntar, encara que de manera marginal, si el mateix matrimoni pot acomplir la funció de fer a aquests irrevocables (246). Respecte de la primera situació de les estudiades, és a dir, quan el fill no nat no sigui cridat en primer terme sinó com a substitut, ja hem vist que els regles de convalidació no passaven per l'existència d'una causa matrimoni sinó per la no necessitat d'acceptació del tercer. A l'actual Compilació, si l'heretament expressament estableix un fideicomís -possibilitat que admet el 69.2-, es pot afir-

mar que l'heretant durant la seva vida, podrà deixar sense efecte el fideicomís (247) essent, per tant, essencialment revocable. Aquesta posició no està d'acord amb allò que havia establert la tradició jurídica catalana, es així que Fontanella es pregunta si la donació que queda en suspens mentre no neixen els fills podrà ésser revocada pel donant -heretant- abans de l'acceptació dels fills que han de néixer. S'inclina, dit autor, per l'opinió negativa, és a dir, la irrevocabilitat (248).

Finalment, pel que fa a l'heretament fet directament pels contraents a favor dels fills que tindran, concretament en els purs i prelatius, ja hem vist en el seu moment com l'art. 87 establí un principi general d'irrevocabilitat, encara que no amb caràcter absolut, si no amb la possibilitat de revocació per justa causa.

## 18. LA CAUSA MATRIMONI I L'IMPUTACIÓ LLEGITIMÀRIA

Primerament s'ha de fer l'excepció que tant en matèria de computació, d'imputació, com de la col·lació en el seu cas, únicament es poden donar als heretaments a favor dels contraents, més concretament al cumulatiu i al mixt, els quals són els únics on es produeix un desplaçament patrimonial "inter vivos". És per això que concretament el nostre estudi, específicament, sobre aquests tipus d'heretament.

Podem partir, en un principi, com s'ha repetit moltes vegades, de l'heretament com a donació ob causam, almenys, generalment, amb les subsegüents conseqüències que

d'aquest fet es deriven respecte de les institucions que ara estudiem. Si bé, com posa de relleu Roca i Trias (249), els autors clàssics catalans havien estat confonent tot sovint els conceptes de computació, imputació i col·lació, o realment té importància la causa matrimoni, és a la imputació i a la col·lació.

#### 18.1. BREUS CONSIDERACIONS SOBRE LA COMPUTACIÓ LLEGITIMÀRIA.

Efectivament, el comput llegitimari s'ha de contemplar com una institució que té per finalitat, precisament, la protecció del llegitimari, de manera que les seves regles són de dret necessari i s'imposen contra la voluntat del causant (250). Tradicionalment la discrepància s'ha manifestat en el moment de determinar quines són les donacions que s'han de computar. En aquest punt es manifesten clarament dues posicions:

- 1a) Que en podríem dir romanista, els partidaris de la qual sostenen la limitació d'entendre només com a computables les donacions que havien estat atorgades a favor dels fills, és a dir, dels llegitimaris. En dret romà, i en relació a la querella inofficiosi testamenti, sols havien de sumar-se al relictum les donacions efectuades als llegitimaris que ensems fossin imputables a la llegítima, a saber: a més de les donacions "mortis causa", el dot, i les "donatio propter nuptias", etc. (251). Posteriorment, però, amb la querella inofficiosi donationis, a més s'havien d'afegir les liberalitats inoficioses (252).
- 2a) Entén com a donacions objecte de computació tot tipus de donació sense tenir en compte la personali-

tat del donatari i que la donació sigui o no imputable a la llegítima (253).

Històricament, com ja ha quedat palès, el mot computació no ha estat emprat amb la mateixa precissió conceptual amb la que avui nosaltres l'entenem. Així, per exemple, en els tractats clàssics podem trobar referit el terme "Computanda", com a sinònim de quantitat, però també es pot veure, en ocasions, no poques, que s'està referint a imputació (254). Malgrat aquestes confusions terminològiques intentarem d'esbrinar, dins del significat estricte de computació, quines són les donacions que s'han de computar per a posteriorment poder determinar la llegítima. Hem assenyalat, encara que no categòricament, que la postura tradicional catalana era la d'entendre com a computables només les donacions atorgades a favor dels fills (255). Fontanella, que és un dels autors que serveixen de fonament al sosteniment d'aquesta opinió, en parlar del comput, ho vincula estretament amb l'avançament de llegítima, és a dir, entén com a donacions computables les imputables (256). Tristany, un altre dels autors que serveixen per argumentar que la posició tradicional catalana ha estat la de computar sols les donacions imputables, no manifesta, al nostre entendre, una posició tal clara en favor de només entendre computables les donacions fetes als fills. En efecte, aquest autor afirma que pels casos que el pare fes "inmensas donaciones", els béns donats inter vivos s'han de computar per augmentar i pagar la llegítima dels fills, ja que d'altra manera -segueix dient- "nisi de donatis deberetur legitima aperta esset via parentibus ad fraudandum liberos sua legitima" (257). Al llarg del segle XIX, la qüestió no havia estat tampoc massa clara. Per exemple, hom pot veure com Vives i Cebrià parla que la quantitat lliurada al fill, en vida del pare, ha d'augmentar els cos hereditari del qual s'han de detreure les llegítimes (258). En canvi, Elies/Ferreter, sostenen l'opinió contrària, en afirmar que per computar la llegítima s'han de sumar tots els béns del



testador al temps de la seva mort i l'import de les donacions que hagués fet durant la seva vida, encara que fos als mateixos fills i per causa de matrimoni, incloent els dots (259) tot donant com argument sostenidor d'aquesta posició C.3,29 de inofficiosis donationibus. Brocà i Amell, en la primera edició de les Instituciones únicament es limiten a dir que per fixar la quota llegítima s'han de detreure del patrimoni hereditari els deutes i les despeses d'enterrament i funeral, no obstant, sis anys després, a la segona edició (1886), amplien aquesta concepció, al criteri abans exposats per Elies-Ferreter, on repeteixen pràcticament les mateixes paraules (260).

En un principi, sembla sostenir també aquesta opinió Duran i Bas quan diu: "Compútese además para la fijación de la legítima todas las donaciones, incluidas las hechas a los hijos...". Hem dit "en un principi", perquè després, aquest mateix autor, a l'articulat de la Memòria, concretament a l'art. CCLXXX, s'aparta d'allò que va exposar a la pròpia Memòria, en declarar imputables només les donacions fetes pel causant a favor dels seus fills (261). L'opinió de Tomas Fontova, també sembla ésser confusa, en parlar de comput llegítimari, introdueix com a computables les donacions col·lacionables fetes pel causant, tot afegint més endavant: "i els dots i donacions encara que siguin fetes als propis hereus forçosos", amb la qual cosa sembla estar sostenint la necessitat que es computin totes les donacions (262).

Posteriorment, hom pot comprovar que la doctrina catalana retorna a les posicions anteriors (és a dir, a les mantingudes per Vives i Cebrià), d'entendre solament computables les donacions fetes a favor dels fills o descendents, i no les fetes a persones estranyes, entroncant amb allò que, ja l'any 1883, afirmava Duran i Bas, en l'art. CCLXXX de la Memò

ria. Aquesta serà la línia que presidirà els successius Projectes d'Appendix, exceptuant el de l'any 1930 i el Projecte de Compilació. Al primer, encara que quasi totalment és una transcripció de l'articulat de la Memòria de Duran i Bas, precisament l'art. 276 s'aparta del seu corresponent a la dita Memòria (art. CCLXXX). Hom pot comprovar aquest retornament l'art 938 del Projecte de Permanyer, 145 del Projecte d'Almeda i Roig/Trias i Domenech, i art. 756 del Projecte de Romani i Puigdemongolas/Trias i Giró (263).

Tampoc no és clara l'actitud de Borrell i Soler en afirmar que al valor líquid de l'herència s'hi han d'afegir les donacions mortis causa i les inter vivos inoficioses, a més a més de les fetes amb l'obligació de col·lacionar-les, totes les quals -ens diu - s'imputen al llegitimari que les ha rebudes en pagament de la llegítima (264), malgrat que d'aquesta darrera frase sembla poder-se deduir que són computables les donacions imputables. No obstant, a la segona edició, matitzarà la redacció de l'última frase transcrita per nosaltres de la primera edició, en una forma més acurada, tot dient: "Todas las cuales, si las hubiere recibido el legitimario, se imputan en pago de la legítima". No és certa, per tant, l'afirmació anterior, sostinguda per nosaltres, que serien computables -per a Borrell-, les donacions imputables (265).

Tota la diversitat de plantejament respecte de la computació llegitimària s'acabarà amb la promulgació de l'actual Compilació de Dret Civil Especial de Catalunya, ja que, precisament, al seu art. 129 s'establirà la computació de totes les donacions sense distinció de si són fetes als descendents llegitimaris o no, excloent, tan sols, les que assenyalava el propi article: "Les liberalitats i expenses a què es refereix l'art. 1041 del Codi Civil, les efectuades de conformitat amb l'ús, l'esponsalici o escriu

i la soldada". Respecte de les despeses realitzades d'acord amb l'ús, hem de dir que en realitat ja estaven incloses a l'art. 1041, la qual cosa ve a suposar una certa reiteració. És molt clara també l'exclusió de la "soldada", ja que constitueix un crèdit o compensació econòmica pel treball realitzat a casa de la muller.

Malgrat que a l'actual regulació sembla no haver-hi dubtes per a mantenir la imputació de totes les donacions, la Jurisprudència del T.S., en Sentència de 10 de març de 1966 -sis anys després de la promulgació de la Compilació-, semblava mantenir la tesi d'entendre solament computables les donacions col.lacionables, quan afirmava: "es evidente que el artículo 129 no puede referirse a las mismas donaciones entre els qui serien cònjuges abans del matrimoni i fora de capítols-, i sí únicament a las hechas a los legitimarios, para fijar igualmente su cuota" (266). En canvi, a la sentència de 19 de novembre de 1964, el T.S. sembla decantar-se per la contrària, en entendre computables totes les donacions amb independència de si són imputables o no, afirmant que, en aquell cas, s'han de computar les atribucions a la dona en virtut de la presumció Muciana: "aunque la donación subsista, los hijos estan facultados para conseguir que los bienes sean colacionados para la computación de las legítimas, por el valor que tengan al tiempo del fallecimiento del cónyuge bínubo".

Tornant a la regulació de la Computació i la seva vinculació amb els heretaments, ens hem de tornar a plantejar, com en moltes altres vegades, si realment la casua matrimoni, que presideix l'heretament, afecta o no a la computació (lògicament, insistim, quan estem davant d'un heretament cumulatiu o mixt). És evident que, quan s'havia sostingut que només eren computables les donacions imputables, l'atribució que comporta l'heretament cumulatiu i també l'heretament mixt, entraria dins del còmput, llegítimari car en-

tre les donacions imputables s'incloïen les ob causam matrimoni, dins de les que s'hi trobava l'heretament. A l'actualitat, donat que la Compilació no distingeix i discrimina de la computació només que els casos de l'art. 1041 del C.c., endemés de l'esponsalici i la soldada, totes les demés atribucions, dins de les quals s'inclourien les que comporten els dits heretaments, s'han de computar per a calcular la llegítima. Així, doncs, amb tot i que en un moment determinat, la causa matrimoni havia estat, en aquest heretaments, motiu determinant de la computació, ara al computar'se totes les donacions, també s'han de computar les dites atribucions inter vivos que deriven dels dits heretaments (comulatiu o mixt) (267).

Tot i les afirmacions anteriors, ens podem trobar que la Compilació parla definitivament d'institució d'hereu la qual en el cas de les heretaments cumulatiu o mitx atribueix també una atribució "inter vivos" concretades, al cumulatiu en una adquisició de present de tots els béns de l'heretant i al mixt en una "donació" singular de present. La compilació, però, sembla justificar les dites atribucions patrimonials pel títol de donació (argu. ex arts. 67,68,80).

Queda clar, també, que per a poder determinar la quantia de la llegítima, en el bé entès que l'heretat sigui llegitimari de l'heretant, aquell comptarà a la divisió (268). Respecte dels béns que han de servir per a determinar la quota llegitimària, i pel que fa als heretaments, la diferència donatum/relictum vindrà donada, només per si els béns s'han transmès abans (donatum) o després (relictum) de la mort, independentment de la qüestió del títol (donatari/heretu).

## 18.2. En concret la imputació llegendimària.

Per a poder parlar d'imputació ens hem de referir, de la mateixa manera que feiem amb la computació, als heretaments cumulatiu i mixt, que són els únics que provoquen un desplaçament patrimonial inter vivos.

Quan es parla de donacions imputables a la llegendima sempre es fa referència a les donacions ob causam, tot comprenent dins d'aquestes, amb un sentit ampli, les fetes per causa matrimoni, el dot, la dotació i l'aixovar. Tanmateix s'ha d'admetre l'imputació de donacions simples quan el donant manifesti la seva voluntat d'imputació a la llegendima del donatari. Contràriament, també es pot donar el cas que alguna de les donacions que per la seva natura seria imputable, el causant, per pròpia voluntat, manifesti la seva no imputabilitat.

A l'heretament, però, quan es posa en referència amb l'imputació llegendimària, es fan necessàries una sèrie de matitzacions:

- 1a) Als heretaments cumulatiu i mixt hi ha un traspàs possessor, que la Compilació cataloga de donació i que de sempre ha estat configurat com una donació per causa de matrimoni i com a tal imputable a la llegendima de l'heretat sempre que fós llegendimari de l'heretat. Malgrat que a l'ordenament català s'admeti l'heretament atorgat per un tercer, s'ha de reconèixer que el supòsit més freqüent és l'heretament fet pel pare a favor del fill que contreu matrimoni, i per tant, la concurrència del caràcter de llegendimari a l'heretat (269).



Roca i Trias (270), manifesta el seu desacord, malgrat tot allò que hem dit, amb els autors que consideren l'heretament com a una donació ob causam, dient: "Puesto que ésta es, en cierto modo, una donación onerosa i no creemos que lo sea el heredamiento". Nosaltres, en el seu moment ja ens hem manifestat pel caràcter ob causam de l'heretament i quant als arguments ens remetim a allò que vam sostenir a l'apartat corresponent (271).

Històricament també havia estat així. Es partia de la premisa que perque una donació es pogués dir imputable a la llegítima havia de ser ob causam (272). D'aquesta manera, la donació que es feia "ob causam necessariam", -ententent per necessària aquella que exclou la libertalitat- (273), s'ha d'imputar a la llegítima. Amb tot això, no vol dir que tota donació atorgada en capítols matrimonials sigui ob causam i, per tant, que s'hagi d'imputar a la llegítima (274). A més a més, com ja ha quedat dit, hom pot veure com alguna donació ob causam, imputable per naturalesa, sigui exclosa, expressament, pel donant, de la imputació o de la col·lació en el seu cas (275).

2a) A l'actualitat l'heretament és clarament una institució d'hereu, amb caràcter irrevocable. Estem aquí, encara que no hi hagi hagut transmissió patrimonial, davant d'un acompliment de l'obligació d'atribuir la llegítima mitjançant l'atorgament del títol d'hereu, possibilitat de més recollida en l'art. 131.1; completat pel 136.1. Hom parla en aquest cas d'imputació com a forma de rebre la llegítima i entès com a un concepte integrador d'imputació, el qual funciona com a títol atributiu de la dita llegítima, de manera que l'herència "in quartam habetur" (276), davant de l'altre concepte d'imputació -art. 132-, que l'entén com una mera operació de càlcul.

A l'heretament sempre es donarà aquesta circumstància, car, sigui del tipus que sigui, sempre comportarà institució d'hereu. (Això és: tant al cumulatiu i mixt, com a la resta). S'ha d'exceptuar quan l'heretament no sigui en tre pares i fills sinó entre extranys, supòsit, per altra banda, menys freqüent.

Malgrat tot, com han posat de relleu Puig Ferriol i Roca Trías no es produeix una absorció del títol legal per la disposició voluntària. La institució d'hereu no privarà de la seva qualitat de llegitimaris als afavorits amb aquella institució. (Argument ex art. 136), encara que, segons disposa l'art. 131, l'hereu llegitimari no pot demanar, a part, la seva llegítima, perquè es considera atribuïda amb la institució d'hereu.

L'hereu contractual (heretat), a més a més, serà qui haurà de pagar les llegítimes als altres llegitimaris sempre que a l'heretament no existeixi un pacte de reserva d'usudefruit ja que, en aquest cas, l'usufructuari, encara que l'obligat sigui l'hereu titular dels béns, té també la facultat de pagar-les i només necessitarà el consentiment d'aquest quan s'hagin d'alienar, adjudicar en pagament o gravar béns mobles d'especial valor o béns immobles (art. 65.1, 66, 71.3). Hi cap també la possibilitat, com hem vist en un altre apartat, que el propi heretant s'hagi reservat expressament una certa quantitat de béns -excloent-los de l'heretament-, per atribuir la llegítima als demés fills.

L'obligació de l'heretat de pagar la llegítima està envoltada d'una sèrie de matisos: si bé l'art. 66 estableix, com a regla general, que els heretaments no quedaran ineficaces per causa de preterició, ni per supervivència o superveniència de fills. Poden, els llegitimaris, reclamar els seus drets a la llegítima, després de mort el causant? Com que els heretaments s'entenen atorgats amb el pacte d'unitat econòmi-

ca familiar (art. 71), aquest mateix pacte impedeix que els altres llegitimaris reclamin la llegítima. De fer-ho, cessarà l'obligació, allà recollida, que l'hereu mantingui als demés llegitimaris (71.2), principi també recollit en l'art. 139.3, al qual s'estableix la compensació d'interessos amb aliments i el 146.2, al qual es disposa l'aturament dels terminis de prescripció en aquestes circumstàncies. Per altra part, correlativament, l'hereu no es pot desvincular de la mencionada obligació de manteniment, oferint les llegítimes, a no ser que hagués pactat expressament aquesta possibilitat.

Veiem, doncs, que tant l'atribució "inter vivos", als heretaments cumulatiu i mixt), com la percepció de béns que es produeix després de la mort de l'heretant, són, als nostre entendre, efecte de la institució d'hereu i, per tant, s'ha de parlar, en tot cas, d'imputació com a forma d'atribució, segons havíem indicat més amunt. L'explicació que hom pot donar a que tradicionalment sempre es parlés d'imputació de l'heretament, és precisament perquè el tipus més normal d'heretament a favor dels contraents era aquell que atorgava l'atribució de tots els béns presents en el moment de l'atorgament, i és per aquest motiu que es posava tant d'èmfasi a l'atribució patrimonial "inter vivos", i menys en l'institució hereditària. L'heretat era instituït hereu en un testament posterior dels béns que l'heretant s'ha via reservat per a testar.

Tota la problemàtica de la imputació de l'heretament per tractarse d'una donatio ob causam (matrimoni) ensopegava amb alguna dificultat de certa importància. En efecte, normalment el tenor literal de les clàusules dels capítols matrimonials on s'establí l'heretament, aquest es conformava de la següent manera: "els heretants donen amb títol de pura perfecta, i simple donació", tot i que aquestes donacions fos

sin fetes per favor d'un cert i determinat matrimoni a contreure amb certa i determinada persona. Aquesta manera de formular la clàusula havia donat ocasió per què algun autor qualificués a l'heretament de donatio simplex i, per tant, la considerés exempta d'imputació (277). En realitat, l'opinió comuna dels autors era la d'entendre la seva natura d'ob causam matrimoni, i atribuir aquella expressió (pura, perfecta, i simple), a l'estil dels notaris, sense donar-li transcendència de tipus jurídic (278).

#### 18.2.1. La imputació als heretaments gravats amb fideicomís o pacte reversional.

S'ha de dedicar especial atenció als heretaments amb fideicomís, o aquells en els quals s'hi conté algun tipus de pacte reversional. Respecte dels primers, per exemple, quan als heretaments a favor dels fills que naixeràn s'establí un gravamen fideicomissari a favor dels descendents d'aquests, algú autor havia qualificat aquest fet amb una conjectura que portava a l'exclusió de la imputació. Perquè això fos així, s'havia de partir de l'explicació que presumia que el pare no havia volgut que el fill heretat satisfés la seva llegítima en els béns que perpetuament no quedaven sota la seva propietat, sinó que en virtut d'aquell vincle els havia de restituir (279). El problema de la vinculació venia agreujat per la dificultat que suposava afirmar que el vincle ordenat pel donant o heretant en l'heretament no comprenia tots els béns de l'heretament, sinó els enumerats en la clàusula fideicomissària i que consegüentment, essent més els béns donats que els vinculats, aquest vincle sols podia ésser conjectura exclusiva d'imputació respecte d'aquells béns (dels vinculats) i no respecte dels altres. En tot cas, quan les dificultats eren més considerables, els autors estaven a la interpretació de la voluntat de l'heretant (280).



En definitiva, doncs, segons l'opinió fins aquí expressada, l'heretat no podia detreure la llegítima dels béns donats, havent-ho de fer dels béns que l'heretant s'hagués pogut reservar fora de l'heretament.

A l'actualitat aquesta qüestió sembla ser menys confusa. El llegitimari, segons la Compilació, té dret a obtenir la seva llegítima lliure de tota càrrega o gravament (art. 133), en aquest sentit, el causant no pot cridar al llegitimari com hereu fiduciari. D'aquesta manera s'estableix a l'art. 187.1, que a les substitucions fideicomissàries, el fiduciari podrà per ministeri de la llei i previa notificació al fideicomissari o curador, disposar dels béns de l'herència en concepte de lliures per fer seu allò que per dret de llegítima li pugui correspondre a la successió del fideicomitent. No obstant, cal distingir entre aquells casos en què l'atribució gravada té la mateixa quantia que la llegítima, d'aquells altres en els quals la porció gravada és superior a la llegítima (281), com normalment serà el cas dels heretaments.

En principi, si l'atribució gravada és d'un valor superior, la reducció dels gravaments només operarà sobre el que compregui el valor de la llegítima, la qual cosa vol dir que es poden imposar tota mena de càrregues o gravaments sobre la resta de béns. Tanmateix, es pot donar la possibilitat, per exemple en el testament, que el fiduciari accepti la disposició damunt la qual rau algun tipus de limitació. Aquesta acceptació no implica la del gravamen de la llegítima sinó que serà ineficaç "ipso iure" (art. 133), i la única possibilitat seria l'utilització de la Cautela Socini, que exigeix la forma expressa (133 in fine). En l'heretament a favor dels contraents, l'acceptació es produeix en el mateix moment de l'atorgament dels capítols, és a dir, en vida de l'heretant, implica, per tant, l'acceptació de la limitació? Malgrat que la Compilació no es manifesta al respecte, nosaltres creiem que serà d'aplicació directe l'art. 133 in



fine , i, en conseqüència, que és necessària l'acceptació expressa del dit gravamen. Podem topar, però, amb què la Compilació admet la possibilitat d'establir fideicomisos, en els heretaments a favor dels contraents, amb posterioritat a l'atorgament de l'heretament en sí, sense necessitat que l'hereu presti el consentiment, només essent necessària l'aquiescència de les persones que han d'intervenir per a poder modificar vàlidament els capítols matrimonials, i endemés (art. 74), que ho aconselli, segons opinió de l'heretant, la conducta de l'hereu. Serà necessària, en aquest cas, una nova acceptació de l'hereu? Podrà detreure la quarta trebel·liànica? En principi, podem afirmar que aquesta possibilitat d'imposar fideicomissos amb posterioritat a l'atorgament de l'heretament està prevista a la Compilació com a sanció a la mala conducta de l'hereu i que té el seu paral·lelisme amb la exheredatio bona mente. Tanmateix, aquesta modificació pot implicar una alteració substancial de la institució, com hem vist, sense consentiment de l'hereu. La compilació no diu res sobre si l'hereu continuarà impedit de repudiar l'heretament (art. 72), la doctrina tampoc s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió, potser donant a entendre la impossibilitat de repudiar l'herència i com a conseqüència l'impossibilitat de detreure la quarta trebel·liànica.

Hem d'acabar assenyalant que si bé, normalment, als fideicomisos es pot detreure la quarta trebel·liànica, tanmateix, quan aquests han estat estipulats o pactats en heretament, no és possible la seva detracció (art. 72 i 201.3). S'ha de tractar, això sí, d'heretaments a favor dels contraents que són els que s'accepten durant la vida del donant ja que, precisament, la quarta trebel·liànica es concedeix a l'hereu fiduciari com a incentiu per a l'acceptació de l'herència gravada, la qual cosa no es fa necessària en aquests heretaments. No hem d'oblidar, tampoc, que la trebel·liànica pot acomplir la funció que l'hereu fiduciari rebi efectivament béns.

Quedaven finalment per estudiar, els heretaments que contenen pacte reversional. La Compilació, recollint la tradició històrica, aplega, en parlar dels heretaments cumlatiu i mixt, una sèrie de disposicions destinades a assegurar que els béns objecte de l'heretament, es mantinguin dins de la família, tot intentant d'evitar la transmissió dels béns, que l'hereu hagi rebut en vida, als successors, d'aquest. Aquestes mesures protectores no ho són amb caràcter imperatiu sinó que serà necessària la seva constància a l'heretament.

Encara que la Compilació admeti a l'art. 83 que el pacte surteixi efecte, sigui quin sigui l'esdeveniment previst, el supòsit normal era, i és, preveure la reversió pel cas de premorir l'hereu a l'heretant sense deixar fills, o fills que no arribessin a l'edat de poder atorgar testament (282). Tanmateix, l'art. 83, sembla reduir aquesta possibilitat al cas que l'hereu premori a l'heretant sense fills. Sobre la natura jurídica del pacte reversional, només assenyalarem aquí les diferents configuracions que han estat tractades per la doctrina: primerament es parla d'un mode que gravava la institució, posteriorment, semblava tenir més estima la configuració d'aquest pacte com una condició resolutòria, per acabar, finalment, assimilant-lo a les substituicions fideicomissàries condicionals (283). Nosaltres únicament volem resaltar, als efectes que aquí ens interessin, que malgrat les afirmacions de l'art. 84 només podrà tenir la consideració estricte de pacte reversional, aquella en la qual l'afavorit sigui el propi heretant, essent els demés casos supòsits clars de substitució fideicomissària, motiu pel qual serà d'aplicació allò que hem dit anteriorment en parlar de la vinculació fideicomissària.

Cal entrar, encara que només sigui de passada, dins de la possible contradicció que pot sorgir de l'art. 84.2, el qual ens parla d'hereus testamentaris (existint hereta-

ment), i l'art. 66 i 75.2, d'ells es desprèn la incompatibilitat entre la successió testada i la contractual (universals). Efectivament, l'art. 84.2 estableix que la reversió ordenada a favor dels hereus dels heretants s'entendrà atorgada a favor dels testamentaris, o, en defecte d'aquests, a favor d'aquells parents que en el moment de la reversió fossin cridats "ab intestato" a l'herència. Aquí estaríem davant d'un supòsit similar a l'heretament preventiu (art. 89), però contemplat des d'un altre punt de mira: s'atorgaria testament pel cas que tingués efecte el pacte reversional establert a l'heretament. La nostra opinió és, no obstant, que la formulació de l'art. 84.2 no és correcta, o al menys no és afortunada, i per tant, contradictòria amb el principi abans esmentat d'incompatibilitat entre ambdós tipus de successió. L'única explicació que hom pot trobar a aquesta referència als hereus testamentaris és de tipus històric, quan l'heretat no es considerava hereu sinó únicament donatari, fent-se necessària la institució d'hereu en testament d'allò que l'heretant s'havia reservat per a testar. La institució d'hereu, en moltes ocasions, coincidia en la persona de l'heretat (284). Per totes aquestes circumstàncies, principalment per la ja dita incompatibilitat, creiem que seria més correcte parlar de designat en testament, més que d'hereus testamentaris.

Tornant al problema que ens ocupa (la imputació llegítima), el pacte reversional, en matèria d'heretaments, té les seves pròpies normes. L'acompliment de l'esdeveniment que produeix l'eficàcia del pacte reversional, implica que qui en un principi era hereu contractual no adquireixi definitivament els béns que li havia entregat l'heretant. Sobre aquesta qüestió, l'art. 35 sembla configurar una reversió de tots els béns que l'hereu havia adquirit, sense cap excepció, protegint a l'hereu que ensems sigui llegítimari amb una acció de reclamació de llegítima, art. 85.1: "El pacte

te reversional no impedirà al'hereu de reclamar la llegítima que li correspongui" .

La pregunta que brolla després de tot això és: tot i que l'art. 85.1 parli de reclamar la llegítima, ¿pot existir, sota d'això, una veritable facultat de retenir per part de l'hereu gravat, en pagament de la seva llegítima, allò que li pugui correspondre? La resposta només serà afirmativa en el cas que el pacte reversional afecti la totalitat dels béns, és a dir, tant als tramesos de present, com a aquells que adquireix per la mort de l'heretant, però que per l'acompliment de l'esdeveniment previst -després de la mort d'aquell- hagi de revertir a un tercer. En aquest cas, en rebre el tractament de la substitució fideicomissària, són d'aplicació directa, per remissió de l'art. 84, les normes d'aquella, concretament, l'art. 187, 1º, on es faculta al fiduciari, previ compliment dels requisits allà establerts, per a disposar dels béns amb els quals s'ha de pagar allò que per llegítima li correspondria. En canvi, quan l'esdeveniment previst per l'eficàcia del pacte reversional es produeixi amb anterioritat a la mort de l'heretant, com que encara no ha nascut el dret a la llegítima, la reversió serà total, sense la possibilitat abans dita, puix que, al no existir encara el dret a la llegítima, en absolut pot jugar la prohibició de l'article 133.1 de la Compilació.

De tota manera, a la pràctica, era molt més freqüent veure instruments, on es pactava que l'hereu podia fer seus uns determinats béns o quantitat de diners, que quedaven exclosos del pacte reversional i que s'atribuïen en concepte de llegítima (285). Es clar que, en aquest cas, serà independent que l'atribució fos feta per causa matrimoni o no, el més important serà la voluntat d'imputar aquest béns a la llegítima.



### 18.3. Breus consideracions sobre la col·lació.

Es aquesta una institució que solament es pot donar entre descendents que al mateix temps siguin co-hereus, independentment que es tracti d'una successió testada o intestada (art. 273). Es, per tant, un problema de títol hereditari, contràriament al que succeïa amb l'imputació que únicament afectava a la llegítima.

Al dret anterior, en ésser perfectament possible l'existència de l'heretament simultaniament amb l'institució d'hereu en testament, cabia la possibilitat, encara que molt remota, d'argumentar que si l'heretat era constituït hereu en testament juntament amb algun altre germà seu, en la successió del pare (concretament en allò que s'havia reservat per a testar), tingués l'obligació de col·lacionar allò que hagués rebut "inter vivos", com a conseqüència de l'heretament. No obstant, aquest supòsit no deixa de ser un cas de laboratori, i no pensable a la pràctica quotidiana, ja que aniria contra la pròpia essència de l'heretament d'afavorir a l'heretat perquè en virtut del fonament de la col·lació es presumeix que la voluntat del causant és contrària a establir qualsevulla desigualtat entre els descendents co-hereus. Aquest és el motiu, doncs, que faria que l'heretat hagués de col·lacionar allò que hagués rebut en vida com a donatio ob causam (286), i que no es pensable que estés a la ment del pare heretant.

A l'actualitat, malgrat l'afirmació de Puig Ferriol i Roca Trías (287), d'admetre la possibilitat de la col·lació a la vocació paccionada quan succeeixin conjuntament, com hereus contractuals varis descendents, veiem molt difícil que es pugui donar a la realitat pràctica. Primerament perquè en els heretaments a favor dels contraents, com la mateixa intitulació d'aquests ens indica, només poden ser



hereus algun dels dos subjectes que contreuen matrimoni (o bé els dos). Si ambdós són heretats pel mateix heretant, són hereus (co-hereus), però no descendents del causant (heretant) i, per tant, no es pot donar la col·lació. Únicament respecte dels heretaments atorgats a favor dels fills dels contraents es pot donar la circumstància que concurreixin dos hereus, els quals, al mateix temps, siguin successors de l'heretant (288). No cal dir que també és impossible als mutuels.

Si bé hem admès com a única possibilitat que es puguin donar co-hereus als heretaments, en aquells que fan els contraents a favor dels fills que tindran, la possible col·lació no serà respecte de les atribucions derivades de l'heretament, ja que en aquests heretaments no es produeix desplaçament patrimonial, sinó d'altres donacions plenament independents d'aquest que sigui col·lacionables. Un altre supòsit assimilable al que acabem d'examinar seria el contemplat a l'art. 73: quan l'hereu incorre en alguna de les causes d'indignitat i existeixen fills del matrimoni en consideració al qual s'hagués atorgat l'heretament, o descendents de fills premorts i l'heretant no hagués exercitat la facultat d'elecció que li és reconeguda pel mateix article 73, o havent-la exercitat elegís a més d'un, donat que l'heretament, per disposició de la llei, subsisteix respecte d'aquests fills (289). En conseqüència serà aplicable, si es dóna el cas, l'art. 273.3, on s'estableix: "El nèt hereu en la successió del seu avi haurà de col·lacionar la donació o liberalitat que per algun dels conceptes expressats hagués rebut i hagut de col·lacionar en la mateixa successió del seu pare si visqués, posat que fos també hereu d'aquest el referit nèt, i quant al tot o part que hagi arribat al seu poder". És en aquest cas, al nostre entendre, a l'únic que hi cap la possibilitat, en principi, que l'objecte de la col·lació siguin aquells béns que s'han transmès inter vivos com a efecte de l'heretament.

Hom pot afegir, en les mateixes circumstàncies, l'art. 79 de la Compilació.

Cal, finalment, cloure el tema de la col·lació desmarcant la possibilitat de parlar que hi hagi instituït un hereu en heretament i un altre (germà) en testament, o "ab intestato". A Catalunya són totalment incompatibles la successió contractual amb la intestada (art. 97), i amb la testamentària, ja que encara que es permeti un reserva per a testar, la disposició voluntària d'allò que s'hagi reservat, només podrà ser per via de llegat (art. 75.2), i en el cas que l'heretant no disposés, el títol d'hereu contractual absorbeix els béns no disposats (art. 78).

#### 19. LA INFLUÈNCIA DEL MATRIMONI EN LA DESIGNACIÓ DEL SUBJECTES

A priori, ja advertim que en aquest apartat tractarem diverses qüestions, les quals tot i ésser estretament vinculades amb el fet matrimonial i la seva transcendència a la designació, ultrapassen l'àmbit estricte d'acció del matrimoni. Per exemple, es farà referència a la substitució vulgar, fideicomissària, etc.

Acceptat que el matrimoni sigui causa final de l'heretament no ens serà gens dificultós parlar d'aquell com a criteri de designació dels subjectes intervinents -en una o altra posició-, a l'heretament. En efecte, o bé l'heretant o bé l'heretat han d'ésser, al mateix temps, subjectes directament intervinents al negoci jurídic matrimonial. D'aquesta manera podem afirmar que l'avi -pare dels que con

173

treuen matrimoni- o un tercer, no pot heretar directament als fills dels contraents. Unicament podrà fer-ho per la via de la substitució (290), precisament perquè cap dels dos sub<sub>j</sub>ectes intervinents ho serien al mateix moment del contracte matrimonial. Només, doncs, els contraents del matrimoni podran atorgar heretament a favor dels fills que esperen tenir en el futur.

La pròpia Compilació parteix d'aquest principi. Podem trobar vàries normes de les quals es pot deduir aquesta afirmació, per exemple als arts. 86, 88, 89 i 91. Per tant, no és suficient afirmar, com ho fa l'article 63, que els heretaments s'han d'atorgar en capítols matrimonials, sinó que aquests capítols han d'ésser els propis de l'heretant o de la persona beneficiada directament a l'heretament (l'heretat), però mai d'un tercer que no rebi o provoqui cap efecte de la disposició hereditària.

Establerta aquesta premissa bàsica sobre els sub<sub>j</sub>ectes que poden intervenir amb caràcter general a l'heretament, entrarem a analitzar, en concret, l'influència del matrimoni en el sistema de designació.

#### 19.1. L'heretant.

Caldrà distingir segons es tracti d'un heretament a favor dels contraents o d'un heretament atorgat a favor dels fills d'aquests. En el primer cas, l'heretant pot ser qualsevol persona, en canvi, en els altres hi ha d'haver una relació de filiació; és a dir, només seran el pares qui, directament, podran heretar als fills que tindran (291). L'instrument al qual hi consten aquest darrers és l'escriptura de capítols matrimonials del pare heretant (ell és qui contrau

matrimoni}), encara que l'atorgament d'aquells sigui molt posterior a la seva celebració matrimonial. Contràriament, als heretaments a favor dels contraents l'heretant no és qui celebra el matrimoni, sinó l'heretat, per això s'hauran d'atorgar als capítols d'aquest. La Compilació no preveu la possibilitat que alguna persona que contregui matrimoni, als seus capítols, pugui designar hereu a un tercer no contraent, tanmateix la regulació dels diversos tipus ho impossibilita. El tercer, aliè a qualsevol vincle familiar amb l'hereu, pot intervenir, sempre que ho faci als capítols dels contraents (292).

Amb tot, hem de manifestar que el supòsit més corrent sempre havia estat l'atorgament de l'heretament per part del pare en favor del fill que es casava. Als textos examinats en tractar de l'origen legal de l'heretament, ja hem pogut constatar com es parlava de donació feta pel pare a favor del fill. És a aquest heretament de tipus familiar al que tots els autors havien dedicat una especial atenció a la seva anàlisi. Només cal recordar, en aquest sentit, tota la problemàtica amb la que topaven els juristes clàssics catalans, per tal d'amoïllar la donació universal/heretament, feta pel pare a favor del fill, amb el dret romà que la prohibia.

#### 19.2. L'heretat i els substituïts.

En aquest camp de la designació és on el matrimoni desenvolupa tota la seva eficàcia. El matrimoni, com veurem, és utilitzat com a criteri de designació del subjecte beneficiat directa o indirectament a través de les substitucions. És també, en molts casos, la pauta delimitadora de quins seran els fills heretats (els del primer o els del segon matrimoni?).

Entrant a l'examen d'aquesta última qüestió, d'entre els diversos sistemes de designació, mencionarem, a títol indicatiu els següents:

19.2.1. Designació al contraent feta juntament  
amb els fills que aquest tindrà.

Respecte del contraent no es pot parlar de vocació hereditària, ja que aquesta es produeix -configurant l'heretament com a contracte-, en el moment de l'oferiment, per part de l'heretant, de la qualitat d'hereu. Alguns autors, fins i tot, han afirmat que és inexacte parlar de vocació perquè, realment, només hi ha oferiment i accpetació als mateixos capítols matrimonials (293). En tot cas opinem que almenys pel que fa referència als heretaments a favor dels fills dels contraents -normalment "nasciturus"-, sí que<sup>8</sup> podrà parlar de vocació, perquè aquests no han intervingut en el moment de l'atorgament de l'heretament.

El primer problema amb el qual topem és determinar de quina manera s'entenen cridats els fills "nasciturus", normalment fills de l'heretant. Tradicionalment, s'havia entès, sense dubtar, que en parlar d'aquestes formes de designació es feia referència a un sistema de vocació successiva. El pare -contraent/heretat-, adquiriria durant la seva vida els béns objecte de l'heretament i després de la seva mort passaria al seu fill. Es configurava doncs, clarament com un cas de substitució fideicomissària (294), cosa, per altra banda, completament lògica perquè no era possible entendre-la per la vulgar. Efectivament, no és incert que el contraent arribi o no a ésser hereu, donat que l'efecte primordial i característic de l'heretament és la irrevocabilitat de la designació que se li atorga, produint un trenca-ment amb el principi romà "hereditas non dicitur viventis".



Aquesta afirmació ha perdurat fins la promulgació de la Compilació (295), on definitivament s'estableix com a norma dispositiva, que aquest tipus de designació s'ha d'entendre per la vulgar. Hom pot començar a detectar primeres manifestacions de la posició adoptada pel dit text legal i contrària a la tradició jurídica, ja a l'Apendix de 1930, concretament a l'art. 118, i més properament a l'art. 116 del Projecte de Compilació (296). D'aquesta manera s'introdueix als heretaments el principi "in dubio contra fideicomisso", ja existent a la successió testamentària, al mateix temps que s'elimina la possibilitat d'admetre el fideicomís tàcit.

D'aquesta manera per què aquest tipus de designació impliqui una substitució fideicomissària és necessària que es faci constar expressament: "llevat pacte en contrari", segons l'expressió de l'article 69. El motiu d'aquest canvi va ésser, amb tota seguretat, el tractament obert de l'heretament com a institució d'hereu -en forma contractual-, la qual cosa comportà, en la nostra matèria, l'aplicació de normes pròpies de la successió testamentària. Efectivament, respecte de la successió testamentària, quan s'emprava aquest sistema de designació, els autors el configuraven, des de sempre, com una substitució vulgar (297) i així ho recull actualment la Compilació.

Aplicar aquest principi, propi de la successió testamentària, als heretaments havia d'ocasionar, forçosament, una sèrie de distorsions. Tots sabem que per què es pugui donar la substitució vulgar és necessari que l'instituït hereu no arribi a ser-ho "si haeres non erit". Aquesta circumstància no es pot donar en els heretaments a favor dels contraents, perquè confereixen una designació irrevocable i conseqüentment la llei atribueix una eficàcia jurídica en el mateix moment de la designació d'hereu -abans de l'apertura de la successió- (298). No té raó d'ésser, per tant, la

necessitat que aquest sobrevisqui al causant i, per aquest motiu també, l'art. 79 estableix la possibilitat de "transmissió del seu dret o qualitat d'hereu contractual", encara que a primera vista, de l'art. 72.1, sembla que això no es produeixi si no és després de la mort de l'heretant: "mort l'heretant, el contraent a favor del qual hagi estat atorgat l'heretament serà hereu sense poder repudiar l'herència". En definitiva, l'afavorit gaudeix, ja des del mateix moment d'acceptació de l'heretament en Capítols Matrimonials, d'un dret ferm sobre l'herència de l'heretant, abans i tot que s'obri la successió per causa de la mort d'aquest. Precisament, a l'heretament no hi tenen aplicació les diverses etapes en què es divideix l'adquisició de l'herència: vocació, apertura, delació i adquisició. Tot això es tradueix, pel que fa a la substitució vulgar, en què l'heretat no haurà estat mai incert de la seva qualitat d'hereu i, per tant, no es podrà donar aquella regla bàsica de la substitució vulgar (299).

La Compilació, tenint en compte tota aquesta problemàtica, parla de la substitució vulgar referida al tipus de designació que estem estudiant, amb un matís especial: "... com a substituïts vulgar del pare en el sentit de l'article 79".

Tractarem a continuació d'integrar aquests dos articles (69 i 79). Primerament és obligat a afirmar que ambdós tenen un fonament diferenciat. A l'article 69 es parteix d'una voluntat expressa manifestada per l'heretant perquè el fill de l'heretat entri en la successió. Contràriament, a l'art. 79 s'està establint un efecte "ex lege", en defecte de voluntat de l'heretant, de transmissió del seu dret i qualitat d'hereu als fills de l'hereu premort, en la manera i forma que siguin hereus seus. Puig i Ferriol ha assimilat aquest fenomen, per analogia al "ius transmissionis" de l'art. 258, bé que referit a la designació i no a la dela-

ció (300). El contraent beneficiat ja havia acceptat la qualitat d'hereu (segons expressió de l'art. 79). La diferència amb l'art. 258 és substancial: aquest parla de "mort l'hereu sense haver acceptat ni repudiat l'herència deferida...", en canvi, en els heretaments, l'acceptació ja s'ha produït i consegüentment els fills hereus de l'heretat premort no es podran pronunciar sobre l'acceptació o no d'allò que comporta la qualitat d'hereu contractual que ostentava el pare premort. Acceptant o repudiant l'herència del pare s'inclou sense possibilitat en contra, o es repudia, aquella primera institució d'hereu, i més quan aquests fills siguin hereus en virtut d'heretament a favor dels fills dels contraents, puix que, en aquest cas, encara es poden entendre més interrelacionats.

Tot això xoca amb la dificultat que proporciona el propi art. 79: "Si els fills hereus de l'heretat premort "ab intestato" fossin diversos, l'heretant podrà elegir, en escriptura pública irrevocable o en testament, un d'aquells fills o descendents legítims del fill premort, amb la qual cosa s'està dient que, fora del cas que aquesta elecció sigui en escriptura pública i amb participació de l'elegit, no se sabrà, fins al moment de la mort de l'heretant, si s'ha produït aquesta elecció. Els fills que, ignorant l'existència de dita designació -que potser encara no s'ha produït-, acceptin l'herència del seu pare estaran en una situació provisional i d'incertitud. A més, quan realment l'heretant hagi elegit algun dels fills del premort "ab intestato", es produirà una desnaturalització del fenomen que fins aquí hem contemplat. En efecte, haver elegit un d'aquells fills implica atribuir a l'heretant la possibilitat de diferenciar i separar les dues herències (la contractual i la de l'hereu premort), i ostentar un dret d'elecció. En aquest cas, el fill designat tindrà la possibilitat de rebutjar aquesta designació? Nosaltres opinem que no té aquesta possibilitat de trencar la unitat entre ambdues herències, sinó que, ùni-

ment en virtut d'aquest dret d'elecció pot atribuir íntegrament a un dels hereus "ab intestato" els béns que l'hereu contractual premort hagués tingut d'adquirir després de la mort de l'heretant. Com a argument legal en favor d'aquesta posició es pot sostenir l'art. 263.4, on es disposa que vincularan a l'hereu els actes propis del seu causant, i entre aquests actes s'hi comprèn l'acceptació de l'heretament (301).

Més concretament procurarem esbrinar en quina mesura, seguint la remissió de l'art. 69, són aplicables les disposicions de l'art. 79:

- 1a) La substitució que al·ludeix l'art. 69, únicament tindrà lloc en cas de premoriència de l'heretat a l'heretant. Evidentment, tan sols es pot donar aquesta causa puix que, en el cas que l'heretat fos indigne, té una regulació especial a l'art. 73.2, que recull una regla pràcticament idèntica a la del 79 (302). L'altra causa per la qual entraria, normalment, la substitució vulgar seria que l'heretat repudiés l'herència. Als heretaments a favor dels contraents, en ésser acceptats en el mateix moment de l'atorgament, no es pot parlar de repudiació i la única possibilitat que resta a l'heretat és la utilització del benefici d'inventari per tal de reduir la seva responsabilitat. Aquests heretaments ~~ten~~gocis bilaterals- són irrevocables tant per l'heretat com per l'heretant.

Hem assolit, doncs, un primer aclariment a l'art. 69. Els fills del contraent entraran només com a substituïts vulgars en cas de premoriència del seu pare/contraent a l'heretant, sense que es pugui donar per les altres causes que es dóna la vulgar, alguna de les quals té una regulació especial.



2a) No és necessari que els fills, que entraren en virtut d'aquesta vocació, ho siguin del matrimoni en consideració al qual s'ha atorgat l'heretament. Tradicionalment, l'opinió dels autors respecte d'aquest punt havia estat dividida. Per exemple, Fontanella, en plantejar el supòsit -no poc freqüent-, que es fes donació o heretament sense expressar si és d'aquest o d'un altre matrimoni, es decanta per afirmar que s'ha de presumir fet únicament a favor dels fills de primer matrimoni, en contemplació del qual -i no d'altre-, va ésser fet l'heretament (303). L'opinió contrària la sostenia Cancer i també algunes sentències de l'Audiència de Catalunya. El primer argumentava per a sostenir la no transcendència del matrimoni causa de l'atorgament de l'heretament, en seu de designació dels subjectes substituïts, que "omnes nepotes aequaliter avo sunt coiuncti, et nulla sit quod differentia an nepotes sin ex primo, vel secundo matrimonio" (304). L'Audiència, a la Sentència de 26 de setembre de 1597, sostenia l'opinió de la igualtat dels fills, fossin del matrimoni que fossin, en front de la designació que estem estudiant (305). En favor de la posició mantinguda per Fontanella existia un argument bastant consistent, encara que d'una importància més sociològica que jurídica: als tractes preliminars dels heretaments sempre hi havia la intervenció de les dues famílies dels contraents i primerament s'entenien tractats i pactats entre els sogres i gendres (recordem la seva estreta vinculació amb el dot). Aquest era el motiu pel qual es feia difícil -segons aquest autor-, suposar que els heretants tinguessin al seu pensament altres possibles futurs matrimonis (306).

Amb la publicació de la Compilació sembla haver-se trencat aquesta diferència de criteris interpretatius. Ja



l'art. 69 ens parla de contraent i els seus fills, sense especificar de quin matrimoni (307). S'adopta, doncs, el criteri obert de comprendre sota aquesta designació tots els fills sense distinció de matrimoni, encara que en el moment de la seva redacció existiren fortes discrepàncies i reticències (308), imposant-se l'actual redacció sota el prisma de que la finalitat de l'heretament és assegurar la continuïtat del patrimoni familiar. Per aconseguir-ho, no cal distingir si els successors són d'un o altre matrimoni. En aquest cas primen, doncs, els criteris estrictament econòmics damunt dels estrictament familiars, en restar a segon terme la consideració del matrimoni en virtut del qual s'atorga l'heretament.

De tot això podem deduir perfectament que al punt de referència, el matrimoni juga un paper pràcticament insignificant, ja que no es requereix una relació causal (matrimonial), entre el negoci al qual consta l'heretament i el possible substitut, que pot ésser fill d'un matrimoni posterior de l'heretant.

No podem cloure aquest apartat sense posar de manifest que, almenys a priori, existeixen dues contradiccions entre l'afirmació de l'art. 69.1., en relació al 79, amb altres preceptes de la Compilació els quals parteixen del principi totalment contrari a l'admissió de fills d'altres matrimonis (309). Aquestes contradiccions són:

- a) L'article 12 de la Compilació parla d'heretaments fets en contemplació d'un determinat matrimoni i supedita la seva eficàcia a la celebració i validesa del dit matrimoni. Tanmateix, no s'ha d'entendre com a contradictori amb l'aplicació del 69/79, sinó que cadascun s'està referint a un camp concret diferent de l'altre. L'article 12, com ja s'ha estudiat, només indica la "causa matrimo-

ni" i la seva influència en el negoci. En canvi, a l'art. 69 en relació amb el 79, el negoci ha estat vàlidament celebrat, amb tots els requisits de causa, i en ell únicament es contemplen els problemes específics de substitució per tal d'evitar la frustració de l'heretament com a negoci.

- b) L'art 69.2, que regula la substitució fideicomissària impideix la possibilitat que aquesta substitució pugui aprofitar als fills que no siguin del matrimoni en consideració al qual s'ha atorgat l'heretament (admet, no obstant, el pacte en contrari). Cal precisar que aquí l'heretament ha sigut plenament eficaç en la persona de l'heretat, en canvi en la substitució vulgar la preocupació de la **C**ompilació és buscar la subsistència de l'heretament, sigui com sigui, per evitar la seva ineficàcia (310).

Malgrat tot, la contradicció no queda del tot resolta: ¿qué succeirà quan la substitució fideicomissària, en virtut de l'article 155.3, es converteixi en vulgar? ¿Seguirà vigent la limitació que no aprofitarà només que als fills que l'hereu contraent tingués del primer matrimoni? Aquestes qüestions s'han de solucionar en el sentit següent: quan l'heretat gravat de fideicomís premori a l'heretant, la substitució fideicomissària es convertirà en vulgar i, per tant, no serà d'aplicació l'art. 69.2., sinó de l'apartat primer d'aquest mateix article, i per tant, tindran entrada tots els fills siguin o no del matrimoni en consideració del qual s'havia atorgat l'heretament. Finalment, hem d'observar que respecte de la substitució fideicomissària l'art. 69.2, sembla aplicar, a primera vista, aquesta restricció només quant l'heretant -que imposa el fideicomís-, és el pare de l'hereu fiduciari (311). En la nostra opinió, la Compilació no exclou

expressament -de l'art. 69.2-, el cas que l'heretant sigui un tercer, sinó que únicament està pensant en el supòsits més freqüent a la pràctica. Aplicant en aquest sentit el criteri d'interpretació restrictiva dels fideicomissos "in dubio contra fideicomisso" (recollit a l'art. 169.1, i que està imbuït en tota la Compilació, hem d'acabar afirmant que quan l'heretant que grava amb fideicomís és un tercer s'ha de seguir mantenint que no aprofitarà, llevat que s'hagi pactat el contrari, als fills d'un altre matrimoni.

- 3a) A l'article 79, al qual es remet el 69, s'exigeix, a més de tot allò que acabem de dir, per què es doni el requisit de la transmissió, que els fills que han d'entrar com a substituïts siguin hereus de l'heretat. ¿Es aplicable aquest requisit a la vocació voluntària que contempla l'art. 69? Com hem dit en un altre moment, l'art. 79 estableix un "ius transmissionis", referit a la designació, per això el dit article parla del dret d'hereu contractual. El "ius transmissionis" només es dona en favor dels hereus. A l'art. 69 s'estableix una veritable substitució, és a dir, dues designacions d'hereu. En ambdós casos, la qualitat d'hereu contractual passa del pare al fill, no obstant, es diferencien en el mecanisme: a l'art. 79, passa formant part de l'herència del pare heretat, i és per aquest motiu que el fill ha d'ésser hereu. Hi ha una sola designació. En l'art. 69 passa per repetició o reproducció, en el fill, de la situació del pare, mitjançant el mecanisme d'una segona designació per als fills.

Essent així, i en virtut d'aquests arguments, després de la premoriència de l'heretat no serà necessària en els fills designats (encara que no identificats) la qualitat d'hereus de l'heretat premort, donat que en el supòsit

que contempla l'art. 69 els fills ja són designats sense distinció (hereus, no hereus). Hom podrà argumentar, tanmateix, en contra d'aquest raonament tècnic, que és antagònic amb la finalitat que persegueixen els heretaments: mantenir la unitat d'explotació familiar i per tant, que s'ha d'entendre en sentit literal, la remissió de l'art. 69 al 79 en tots els seus aspectes.

- 4a) Si els fills de l'hereu premort "ab intestato" (és a dir els hereus forçosos, perquè l'heretat premort no ha pogut manifestar la seva voluntat respecte de la preferència, ni en testament ni en un altre heretament), fossin varis, l'heretant podrà elegir, en escriptura pública irrevocable o en testament, un d'aquells fills o descendents legítims del fill premort, com a substituïts a l'heretament. L'aplicabilitat d'aquest punt a l'art. 69 vindria a demostrar que, realment, els fills han d'ésser hereus de l'heretat premort. Tradicionalment, també s'havia qüestionat si els fills de l'heretat tenien el mateix dret sobre els béns donats per l'avi, de manera que aquell no pogués disposar entre els fills, de manera desigual -recordem que la doctrina tradicional catalana configurava la clàusula que ens ocupa com una substitució fideicomissària-. En aquest punt, com en tants d'altres, l'opinió tampoc no era concordant entre els doctors. Uns es decantaven que havia de distribuir els béns igualitariamente (312). d'altres, en canvi, sostenien que el pare heretat podia repartir en forma desigual entre els fills, argumentant que s'havia de vetllar pel manteniment de la unitat patrimonial i la conservació indivisa del patrimoni familiar. Efectivament, explicaven, s'havia de presumir que l'heretant no volia dismi-

nuir el seu patrimoni amb divisions entre els néts, reduint'lo a la insignificància, sinó tot el contrari: s'havia de presumir que la voluntat de l'heretant era que el seu patrimoni anés íntegrament a un dels fills (313).

La regulació actual, l'elecció que tradicionalment es conferia a l'hereu gravat amb fideicomís, queda limitada a la normal possibilitat que el gravat designi hereu en testament o heretament, i, pel cas que morís "ab intestato", s'atribueix una concreta i clara facultat d'escollir l'hereu que haur'a de gaudir d'aquella primera successió contractual, excloent aquell dret o qualitat d'hereu contractual de la comunitat hereditària de l'heretat premort, atribuint-lo exclusivament a un dels fills hereus.

5a) L'art. 79 continua dient: "L'heretament quedarà resolt quan l'hereu premori a l'heretant sense deixar fills, o, si deixant-ne cap d'ells no fos hereu d'aquell".

Respecte de la primera de les dues situacions transcrites -la premoriència de l'heretat sense fills- es produirà la ineficàcia de l'heretament, però, no considerat en la seva globalitat, sinó només respecte de la institució d'hereu. Això vol dir que quan es tracti d'un heretament comulatiu ~~omixt~~, els béns que l'hereu hagi adquirit de present, segiran la via successòria normal del premort (art. 80.3), amb l'excepció dels casos en els quals haguessin de seguir la línia marcada pel pacte reversional -si existís- (314). També es mantindran els drets establerts en els mateixos Capítols matrimonials a favor del cònjuge del premort, o d'altres persones, per bé que l'usdefruit universal que pugui correspondre a aquell sobre els béns relictos quedarà, en morir aquest, reduït a la meitat.



La segona de les situacions que provoquen la resolució de l'heretament, i que comprenem dins d'aquest apartat, és la premoriència de l'heretat havent deixat fills, però que cap d'aquest sigui, al mateix temps, hereu seu. L'aplicabilitat d'aquest punt de l'art. 79 al 69 dependrà de la posició que s'adopti a l'apartat tercer, dels que venim estudiant. Si admetem, com hem fet nosaltres, la necessitat que els fills designats siguin al mateix temps hereus de l'heretat, també haurem de mantenir que la designació feta a favor del contraent i dels seus fills, premort aquell, quedarà sense efecte si cap d'aquests fos hereu del contraent heretat.

L'art. 79.2 en aquest punt ens ve a demostrar, un cop més, que es tracta d'un ius transmissionis en el sentit que suara li hem donat, ja que exigeix que l'adquirent sigui hereu del premort.

#### 19.2.2. Designació al contraent i als seus fills, "de grau en grau".

Es una forma de designació perfectament assimilable a l'estudiada a l'epígraf 19.2.1. Ara el dubte consisteix en saber quins fills són admesos a l'herència de l'heretant, després de la mort del pare -cas que existissin varis fills-, sobretot si els fills fossin de diferent sexe, i principalment si neix primerament una filla (315).

Aquest tipus de designació, en ésser subsumit dins l'apartat anterior, s'ha de seguir configurant com una substitució vulgar en el sentit de l'art. 79. Amb la premoriència de l'heretat entraran els fills de primer grau (els nats primer), així es fa necessari qüestionar si aquests han de ser, o no, hereus, ja que, en aquest cas, la designació sembla ser ja completa. Què significa l'expressió "de grau en

grau"? Històricament, la Reial Audiència aplicava un criteri d'interpretació basat en el costum del lloc on s'establís el dit pacte. Normalment, però, significava el mateix com si l'heretant digués: "de major a menor successivament" (316). En ocasions, quan no existia aquest costum, la mateixa Audiència havia donat una interpretació diferent, entenent que l'heretant cridava no sols als fills de primer grau, sinó als d'ulterior, quant no n'existissin del primer, tot admetent, d'aquesta manera, a la successió, a tots els fills sense distingir entre major i menor o entre home i dona (317). Resultarà, doncs, que els fills de primer grau seran, sens dubte, del primer matrimoni, i únicament quan no existeixin fills d'aquest matrimoni entranan els del segon o posteriors.

Una qüestió important dins d'aquest mateix camp d'actuació es podia plantejar: ¿Què succeïa si primer naixia una filla i posteriorment naixés un fill mascle? En aquest cas, contra el corrent comú a Castella i altres llocs de resoldre aquest extrem en favor del mascle nat després de la filla (318) a Catalunya, en matèria de primogenitura, jugaven el mateix paper els fills mascles que les dones, en base al principi "~~nulla~~ inter hos sexus constitui possit differentia" (319).

### 19.2.3. Designació al contraent i als fills o filles seves que ell volgués o triés.

---

Com les dues formes de designació estudiades anteriorment, aquesta és també assimilable i reconduïble a la primera. És a dir, un sistema de vocació similar al que es recull a l'art. 69, encara que amb alguna matització. Efectivament, aquí sembla molt més clara la interpretació tradicional que, quan l'heretant utilitzava aquest criteris de designació, el que volia era establir una substitució fideicomissària. No obstant, a l'actualitat l'art. 69 impedeix aquesta

concepció i obliga a considerar-la com una substitució vulgar en el sentit de l'art. 79.

La concreció de la designació queda en mans de l'heretat, aquest podrà assenyalar quin dels seus fills podrà entrar com a substitut vulgar seu, pel cas que ell premori. Tanmateix nosaltres opinem que aquesta forma de designar es d'aplicació molt forçada en el camp de la substitució vulgar. Contràriament, seria molt més fàcil integrar-la dins de la fideicomissària (320).

#### 19.2.4. Designació al contraent i als "seus".

Es en aquesta forma de vocació on més seriosament s'havia tractat el problema de si s'havia d'estar per una substitució vulgar o per la fideicomissària (321). En ella no s'expressen el mot fills, ni hereus del donatari/heretat, sinó tan sols la paraula seus. Per exemple, dient: "hereto a Pere i als seus".

La qüestió no havia estat pacífica. S'havia discutit per la doctrina quines persones s'entenien incloses dins la dita expressió. Fontanella, per exemple, apuntava que el mot "sui", en la seva significació estricte, vol dir fills que estan sotmesos a la potestat del pare, seguint, evidentment, els criteris del dret romà. Aquest concepte, emperò, paulatinament, segons afirma el mateix autor, adquirirà una significació impròpia i diferent de la que tenia originàriament a l'ordenament romà, comprenent-hi dins d'ella a qualsevol fill, encara que ja no estigués sotmès a la potestat del pare (322). Més posteriorment s'amplia, encara més, de manera que es pot parlar de "suis" com a pròxims en parentela (323). Finalment, s'arriba a apuntar que sota l'expressió seus entraria el concepte d'hereu encara que aquest hereu fos un extrany. Aquesta última intepre-

tació és qualificada per Fontanella com a molt impròpia (324).

Malgrat tot, a l'actualitat, la interpretació més correcte sembla partir de que són cridats en primer lloc els fills de l'heretat premort que fossin hereus seus, amb la possibilitat d'admetre, en el cas que no visquessin els fills com a substituïts vulgars, als seus descendents, però no a un estrany.

19.3. El matrimoni i la designació del subjecte heretat directament en els heretaments a favor dels fills dels contraents.

Ens resta, finalment, per analitzar la influència del matrimoni a la designació dels subjectes que intervenen a l'altre gran bloc d'heretaments que recull el nostre ordenament jurídic: els heretaments fets pels contraents a favor dels fills que tindran.

En parlar, en general, de l'heretant, ja hem anticipat que aquest forçosament ha d'ésser algun dels contraents o ambdós, i també, ineludiblement ha d'haver-hi una relació de filiació entre aquest o aquests i el beneficiari (ha d'ésser algun dels seus fills). Sobre aquests heretaments, amb les seves subdivisions -pur, preventiu i prelatiu-, els autors havien escrit grans quantitats de pàgines, malgrat que en els s. XVII, es pot detectar una baixada en la freqüència que, anteriorment, a la pràctica, eren pactats (325). Generalment estaven entrelligats amb l'heretament atorgat a favor del contraent. D'aquesta manera el pare heretava als seus fills que es casava i aquest heretava al fill o fills que pogués tenir de dit matrimoni, tot aconseguint amb aquesta concatenació d'institucions la continuïtat del patrimo-

ni familiar. Un residu d'això es pot trobar a l'article 73.3.

En aquests heretaments la designació dels beneficiaris, en la seva forma més normal, venia limitada perquè s'havia de tractar de fills del matrimoni en ocasió del qual s'havia atorgat l'heretament. La fórmula més freqüent era: "Item es pactat que els fills o filles d'aquest matrimoni hagin de ser i siguin hereus nostres". D'aquesta formulació sembla poder deduir-se que, en tractar-se d'un cas en el qual els heretants són marit i muller, i encara més, de la referència al matrimoni en qüestió, aquest jugarà en forma de criteri delimitatiu, sense possibilitat que entrin, com beneficiaris, possibles fills d'altres posteriors matrimonis dels heretants, en el cas que hi hagin fills del primer. És evident que quan ambdós contraents són els atorgats no pensen en altres fills que aquells que tindran del propi matrimoni (326).

El matrimoni, doncs, emmarca un primer enquadrament dels beneficiaris dels heretaments a favor dels fills dels contraents. Aquesta primera delimitació àmplia es veura completada per una designació més concreta de quin dels fills -suposat que en sobrevisquin varis a l'heretat- quedarà instituït hereu.

Es parteix, a la Compilació, del principi que els fills en el moment de l'atorgament de l'heretament, encara no han nascut (327). Per aquest motiu, el citat text legal per tal de completar la designació preveu:

- 1a) L'heretant pot designar (identificar) algun dels fills en heretament i aquesta designació és irrevocable.
- 2a) L'heretant pot designar algun dels fills en testament. En aquest cas la designació serà revocable i, per tant, substituïble per un altre fill, si amb posterioritat al testament n'atorga un altre o bé un



heretament. En ambdós apartats es fa necessària, també, la supervivència del designat a l'heretant.

3a) Si l'heretant no ha fet alguna de les designacions abans enunciades, el seu cònjuge supervivent, o els dos parents, d'acord amb els arts. 115 i 116, podran elegir l'hereu (sempre que es donin el supòsits previstos en ells).

4a) Finalment, entenem que si tampoc no s'ha produït aquesta última identificació/designació, i en el moment de pactar l'heretament tampoc no s'haguessin establert unes circumstàncies determinades (que hagués de reunir l'heretat), entraran com a hereus tots els fills del matrimoni en consideració al qual s'havia atorgat el dit heretament.

La mateixa limitació als fills del primer matrimoni i els mateixos criteris de designació establerts per a l'heretament pur són aplicables a l'heretament preventiu. Per això, no és necessari repetir-ho aquí. Es pot veure, per exemple, l'art. 90.2, on es complementa la primera delimitació que els fills siguin del matrimoni en consideració al qual s'ha atorgat l'heretament, tot dient: "serà directe, si l'heretant designa l'instituït nominativament o mitjançant expressió de les seves circumstàncies particulars, i serà d'elecció quan confiï el nomenament al consort o als seus parents, de conformitat amb els articles 115 i 116 d'aquesta Compilació".

#### 19.3.1. Possibilitat d'introducció de fills d'un altre matrimoni.

Fins aquí hem refermat aquest paper taxatiu del matrimoni als heretaments a favor dels fills dels contraents (concretament en el pur i en el preventiu). Tanmateix a l'altre manifestació d'aquests heretaments -els prelatius-

es poden introduir, com a subjectes designats, fills d'un altre matrimoni, encara que sense deixar el paper preponderant que té el primer matrimoni en consideració al qual s'ha atorgat l'heretament. En efecte la Compilació, amb un criteri ampli, admet que la prelació pot estar referida a nupcialitat, sexe, grau o estirp i, en general, qualsevulla altre lícita i honesta. De totes aquestes possibilitats que, com a norma oberta, exposa l'art. 92, només es la prelació de nupcialitat on es preveu una possible ampliació de la designació a fills nats d'un altre matrimoni de l'heretant que no sigui aquell en motiu del qual s'havia atorgat l'heretament.

Dins de la prelació de nupcialitat es pot subdistingir entre absoluta i relativa. La primera implicarà que els fills del primer matrimoni gaudiran de preferència la designació enfront dels fills de posteriors matrimonis, sense tenir en compte referències de cap mena de circumstàncies (328). En canvi, la prelació relativa de nupcialitat serà aquella a la qual se subordina a la prelació de sexe o d'algun altre circumstància. És a aquesta última, concretament a l'expressió "fills per fills i filles per filles", que la doctrina, sobretot dels clàssics, havia dedicat més gran atenció i que nosaltres estudiarem amb més detall.

#### 19.3.2. En concret l'expressió

"fills per fills i filles per filles".

L'origen i fonament d'aquesta clàusula és tractar d'evitar que després demorta l'esposa i havent-se casat novament el marit, aquest -potser induït pels afalacs de les madrastrès- s'oblidés, com sovint succeia antigament, dels fills del primer matrimoni i preferís i heretés als del segon (329).

Comporta, com hem dit abans, la prelatió relativa de nupcialitat. Hem de començar afirmant (encara que aquesta qüestió no sigui pròpia del tema que ens ocupa: el matrimoni i la designació), que ni aquesta designació ni cap altra, als heretaments prelatius, produeix l'efecte jurídic d'atribuir un dret successori directe als designats com a preferents (230), però sí, únicament, una limitació a l'heretant en la seva facultat de designar hereu.

Si no concorren fills d'altre matrimoni no produirà efecte d'heretament en favor dels fills del primer matrimoni. Això, tanmateix, no sempre havia estat entès així, antigament, d'aquesta manera, es pot veure referit per algun autor (331) que tots els heretaments als quals s'heretava als fills "nasciturus", implicaven una vocació "pura, precisa, necessària et absoluta", encara que utilitzessin les paraules "fills per fills i filles per filles". Posteriorment, va ésser considerat que els heretaments que contenen les <sup>dites</sup> paraules, sempre es van entendre prelatius i condicionals. La conclusió que l'heretament no produirà efecte si no concorren amb fills d'un matrimoni posterior, pot aconseguir, amb certa estranyesa, a admetre la possibilitat que els contraents puguin disposar lliurement dels seus béns, per exemple, a favor d'un estrany. Es dona, doncs, la circumstància que el matrimoni juga un paper importantíssim respecte de l'enmarcament de la designació referida a la concurrència de fills de dos matrimonis (amb la matització de la preferència de sexes) (332), però que no impideix que un altre, aliè totalment als contraents, sigui l'hereu.

Aquesta forma de designació i el donar preponderància als fills del primer matrimoni sobre els del segon, sense trencar la possibilitat d'entrada d'aquest segon quan no existissin fills o filles, respectivament, del primer, no implicava una interpretació forçosa en aquest punt sinó que abans i ara s'ha d'entendre que el que realment tindrà pre-

ponderància serà la voluntat de l'heretant (333), el qual potser només hagi tingut en compte els fills del matrimoni que havia ocasionat l'atorgament de l'heretament (prelació de sexe).

Es pot continuar veient, també en aquesta forma de designació, els criteris essencialment familiars -sobretot matrimonials-, que inspiren el negoci d'heretament, donant preponderància, sempre que es pugui, a tots els elements derivats d'aquell matrimoni que havia ocasionat l'atorgament de l'heretament.

#### 19.3.3. El matrimoni i la designació als heretaments preventius.

Amb anterioritat, a l'apartat 19.3, ja hem fet menció, de passada, de la designació en aquests heretaments. Ara, no obstant, ens referirem a ella amb una mica més de detall.

Es poden designar beneficiaris els fills només pel cas que l'heretant mori sense successor universal, és a dir, preventivament per a que no s'obri la successió intestada. Dit amb paraules de Roca i Trias, queden designats els fills nats o naixedors de l'heretant, solament en el cas que no hi hagi un altre tipus de disposició (testada o contractual) (334). El problema que ens ocupa aquí, és indagar si únicament quedaran designats els fills del matrimoni en contemplació del qual s'ha atorgat l'heretament o bé si pot sorgir efecte respecte d'eventuals fills d'un posterior matrimoni. L'opinió respecte d'aquest punt tampoc no havia estat pacífica. Pella i Forgas s'inclina per l'afirmativa en base a la Sentència de 30 de setembre de 1870, a la qual s'afavoreix amb heretament preventiu a fills d'un segon matrimoni, no havent-ni del primer (335). Contràriament, Puig

i Ferriol s'inclina per afirmar que aquests heretaments únicament tindran eficàcia respecte dels fills del matrimoni en consideració al qual s'han atorgat els capítols matrimonials (336).

Dins de la doctrina clàssica catalana no té la mateixa estructuració que li pretén donar la Compilació al seu art. 89. En aquest sentit, cap dels autors que podríem catalogar de moderns, recull una cita de tipus històric d'aquests heretaments. Tanmateix barrejat amb l'atorgament d'heretament prelatiu, en ocasions, hem pogut detectar una forma de designació, conuinada o, més correctament paral·lela a la prelatió, la qual, a compleix d'alguna manera la funció del preventiu: evitar l'"ab intestato". En ocasions, les menys, també s'aplega juntament amb l'heretament pur, per si l'heretant no utilitza la facultat d'elecció que li és concedida. A aquesta última concepció respon l'expressió següent: "hereta y dóna per causa de donació pura, perfecta, simple y irrevocable... al fill o fills mascles del present matrimoni... aquell, que entre vius o en sa darrera voluntat elegirà i en cas que no elegís vol succehesca lo primer fill mascle del present matrimoni" (337). A l'actual regulació, no es pot parlar d'heretament preventiu en aquesta última concepció, sinó que s'haurà d'incloure dins de l'article 88, que regula l'heretament pur i en concret admet que el fill beneficiat es designi d'acord amb unes determinades circumstàncies, que en el cas exposat passarien, primerament, per la facultat d'elecció limitada als mascles i, en el cas de no haver exercitat la dita facultat, quedaria designat directament el primer fill mascle.

Paral·lelament amb el prelatiu, hom podia trobar també prevencions de l'"ab intestato", que responen a la concepció d'heretament preventiu. Com exemple podem transcriure, parcialment, una clàusula d'uns capítols matrimonials del 6 d'octubre de 1625 (338), on es diu: "...fa donació y here-



tament de tots sos bens, y drets, mobles, e immobles, presents y esdevenidors al fill o filla del present matrimoni procreadors, à d'aquell, és a saber, o aquella, que per ell dit Jaume Font sera anomenat en hereu seu universal en son últim testament, ab los pactes y condicions següents: ço és, que si era cas que dita Catarina muller sua li premorís y ell se tornara a casar, y del present matrimoni no-y havia sino filla, o fillas, y del segon matrimoni tenia fill, que tinga llibertat, conforme ara se reserva de nomenar, y fer hereu seu, filla del present matrimoni, o fill del segon matrimoni, conforme ben vist li sera, aquell és a saber, o aquella que a dit Jaume Font aparrà més apte, y sufficient per regir y governar sos béns... y en tot cas si morís intestat, ara per a las horas, anomena y fa hereu seu universal, lo fill major de dins del present matrimoni procreador, y si no tindra fill, la filla major de dias, y los altres sian dotats conforme lo poder de dits béns..."

Als dos exemples referits, l'àmbit de la designació preventiva s'extén, únicament, al fills del matrimoni en consideració al qual s'havia atorgat l'heretament. El mateix succeeix a la Compilació, tot i que no responguin a un mateix tipus de concepció. Una vegada més, doncs, el matrimoni emmarca els subjectes beneficiaris de l'heretament, reconduint-los a la causa matrimonial que presideix els heretaments.

#### 19.3.4. El matrimoni i la designació als heretaments mutuels.

El cas més clar en el qual el matrimoni és criteri dels subjectes intervinents a l'heretament és, precisament, als heretaments mutuels. En ells, tan l'heretant com l'heretat són, al mateix temps, als subjectes que contreuen el matrimoni (o ja l'han contret) i es fonamenten, precisament,

en què els cònjuges, en el moment de l'atorgament han perdut tota esperança de tenir descendència (339).

Tanmateix, si fem una incursió en el dret català històric, és difícil d'identificar, en els autors, alguna menció d'aquesta classe d'heretaments. En aquest sentit, tal com succeïa amb l'heretament preventiu, no trobem als autors actuals, en tractar dels heretaments mutuels, cap referència als seus antecedents històrics. Nosaltres, malgrat tot, hem pogut detectar dues posicions respecte d'ells. Per exemple Cancer es manifesta no admetent aquest tipus de designació, tot afirmant que el pacte configurat: "promito tibi et tu mihi ut premoriente altero, alterius bona sint superstitis..." ja que és un "pactum de succedendo", i per tant invàlid (340). La seva resposta és tan contundent que tampoc no admet que es pugui confirmar pel favor matrimoni, ni per l'existència de jurament (341), per més que assenyala que hi han alguns autors que afirmen que aquest pacte recíproc se sosté pel favor matrimoni, en base -segons aquells- a que és conclusió comuna que la convenció per la qual hom promet els seus béns al superstit, si mora sense fills, és perfectament vàlida (342). En canvi podem veure com altres autors catalans recullen supòsits clars d'heretament mutual, encara que sense utilitzar aquesta expressió. D'entre aquests autors podem destacar Fontanella, el qual, curiosament, en parlar de l'agermanament, refereix una sentència de Regi Senat de 2 d'agost de 1566, on s'hi conté clarament un heretament mutual (343). Igualment, Tristany recull també un heretament mutual que va ésser declarat plenament eficaç pel Regi Senat, tot obviant l'argumentació de la part impugnant, que es basava, principalment, en dos punts:

- 1a) L'heretament concebut universalment de tots els béns presents i futurs, no se sosté ni pel favor matrimoni.

2a) Que aquesta donació (recordem que l'heretament es configurava com a donació universal de tots els béns presents i futurs), era feta entre marit i muller. Donacions que eren nul·les segons el Dret romà (344).

La realitat és, però, que a l'ordenament jurídic català actual, els heretaments mutuels adquireixen una plena autonomia i queden regulats com a un tipus més de successió contractual, quedant delimitat el seu àmbit d'intervenció, forçosament, als contraents del matrimoni.

ooo000ooo